This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

FOR TX
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 073 937 922

Rückert

Der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts.

HD
HARVARD
LAW
LIBRARY
1857
Digitized by Google

Digitized by Google

Der

Begriff

des

gemeinen deutschen Privatrechts.

Von

Dr. Ludwig Rückert.

Erlangen.

Verlag von Ferdinand Enke.

1857.

GER 906 RUE

Digitized by Google

Rec. Oct. 2, 1905

Schnellpressendruck von C. H. Kunstmann in Erlangen.

BK 2004

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung . . . . . 1—4

Erster Abschnitt.

Rechtsphilosophische Vorbemerkungen.

Die Naturrechtslehrer . . . . . 5—9
Die historische Schule . . . . . 9—11
Standpunkt der hegelischen Philosophie.
Das Recht ist eine Willenssache . . . . . 12—14
Es ist ein concretes Wollen erforderlich . . . 14—17
Relativität des Rechts . . . . . 17—20
Bildung des allgemeinen Willens . . . . . 20—22
Rechtswidrigkeit . . . . . 22—27
Recht und Pflicht . . . . . 27—28
Die Universalrechtsgeschichte der Hegelianer . . . 28—35

Zweiter Abschnitt.

Kritik der bisherigen Theorieen über das gemeine Recht.

Die formalen Theorieen.
Bestimmung der Rechtsquellen . . . . . 36—42
Es gibt kein formell gemeines Recht . . . . 42—48

Digitized by Google

Seite

Das gemeine Juristenrecht.
Recht der Wissenschaft . . . . . 48—56
Eigentliches Juristenrecht . . . . . 56—58
Reception des römischen Rechts . . 58—65
Recurs auf eine angebliche Rechtseinheit des Mittelalters (Eichhorn) . . . . . 65—71
Die bloße Gemeinsamkeit der Quellen könnte auch nicht genügen. Subsidiarität des Rechts . . . 71—80
Das analogische Privatrecht (Pütter, Tafinger) . . . . 80—86
Die Natur der Sache (Runde) . . . . . 86—90
Das Nationalrecht Gerber's. Das eine und untheilbare Volksbewußtsein . . . . . 90—106

Dritter Abschnitt.

Zusammenfassung

der Ansicht des Verfassers . . . . . 107—121

Digitized by Google

Einleitung.

Wenn wir es versuchen, im Folgenden den Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts festzustellen, so mag dieß leicht als eine Aufgabe angesehn werden, welche jetzt, wo eine große Anzahl zum Theil als trefflich anerkannter Systeme vorliegt, nicht mehr am Platze sei. Denn es kann scheinen, als ob damit entweder dem Inhalt dieser Systeme die Anerkennung versagt werden müsse, oder aber, daß eine überflüssige Geschäftigkeit noch Fragen ventiliren wolle, welche thatsächlich durch dieselben schon gelöst seien.

In beiden Fällen würde man von einer einseitigen Betrachtung der Sache ausgehen.

Der Einfluß, welchen die Formulirung des Grundbegriffes auf den Umfang und die Beschaffenheit des in die Systeme aufgenommenen Stoffes gehabt hat, darf nicht überschätzt werden.

Die Darstellungen des deutschen Rechts aus der Anfangszeit unsrer Wissenschaft unterscheiden sich allerdings von den neueren Lehrbüchern bei einer Verschiedenheit des Begriffes — sofern sie überhaupt einen solchen aufstellen — auch wesentlich durch ihren Inhalt. Allein es wäre einseitig, zu behaupten,

Digitized by Google

daß lediglich das zum Voraus festgestellte Princip, oder der Mangel eines solchen eine bessere Sichtung des Stoffes verhindert hätte.

Es findet hier eben so sehr das umgekehrte Verhältniß statt, daß die Forschung der über das römische Recht hinausblickenden Jurisprudenz nur erst ein dürftiges Material dienstbar gemacht hatte, und daß dieses dürftige Material ein Bedürfniß der Sichtung noch nicht erzeugte, und zur präciseren Formulirung des Grundbegriffes noch nicht aufforderte.

In den neueren Lehrbüchern kommt ohnehin, wie verschieden man sich auch über das Grundprincip erklärt, doch ungefähr der nämliche Stoff zur Behandlung.

Auf der anderen Seite findet diese Uebereinstimmung nur darin ihre Erklärung, daß allen diesen Darstellungen das gleiche Bedürfniß zu Grunde liegt; mit anderen Worten, daß das gleiche und richtige Princip, wenn es auch noch nicht seine Formel gefunden hatte, nichts destoweniger durchgefühlt wurde und maßgebend war, indem man zu Nothbehelfen von mancherlei Art seine Zuflucht nahm, um ihm trotz der ausgesprochenen Formel gerecht zu werden.

Allein die Nothbehelfe reichen nicht immer aus, und das noch nicht zum Begriff abgeklärte Princip ist der Formel gegenüber nicht immer mächtig genug. Und so kann sich denn auch nur ungefähr der gleiche Inhalt vorfinden. Jedenfalls aber ist es entscheidend für die ungezwungene und ebenmäßige Darstellung des immerhin gleichen Stoffes, daß sich jenes Bedürfniß und der aufgestellte Begriff vollständig decken.

Es findet eben eine Wechselwirkung statt in der Weise, daß der zunächst auf einen unklaren Trieb hin zusammengetragene Stoff zur Formulirung des Begriffes, die richtigere Formel zu weiterer Durchforschung und Kritik des Stoffes auffordert, so doch, daß jene erst vollendet sein muß, damit ein

Digitized by Google

völlig sicherer Maßstab für den Umfang und die Beschaffenheit des letzteren gegeben, und damit vor Allem eine ungezwungene Darstellung möglich sei.

Ist dieß der Fall, setzt keine von beiden Thätigkeiten die andere als eine fertige voraus, um sich selber dem Ziele zu nähern, so leuchtet ein, daß wir nicht in die oben aufgestellte Alternative versetzt sind, entweder den vorhandenen Systemen des deutschen Privatrechts die Anerkennung zu versagen, oder unser Unternehmen als ein überflüssiges anzusehen.

Als ein solches würde es selbst dann nicht zu betrachten sein, wenn die Frage nach der Natur des gemeinen deutschen Privatrechts thatsächlich durch das eine oder andere System schon vollkommen gelöst wäre.

Denn schließlich ist auch dieser Begriff an und für sich ein integrirender Theil des Systems, und es würde zur Vollendung des letzteren gehören, daß der noch übrige letzte Schritt gethan würde, durch welchen sich jene Wechselwirkung zwischen Formel und Inhalt vollbrächte.

Und wenn wir sonach mit unserm Versuch dem Inhalte der vorhandenen Lehrbücher als einem approximativ richtigen nicht entgegentreten, so sehen wir ebenso wenig die bisherigen Untersuchungen über unsre Frage, die theils in den Lehrbüchern, theils selbstständig angestellt würden, und deren insbesondere aus der neuesten Zeit sehr eingehende vorhanden sind, als resultatlos an.

Wie in andern Gebieten, insbesondere dem der Philosophie, die Aufeinanderfolge von Lehren, welche anscheinend einander nur bekämpfen, in der That nicht eine bloße Vernichtung, sondern auch eine Weiterentwicklung der früheren Lehren ist, so wird auch unsre Kritik der bisherigen Theorien ein richtiges Moment in einer jeden bestehen lassen, und unsere eigene Theorie

Digitized by Google

wesentlich darauf beruhen, daß diese richtigen Momente zusammengefaßt und neue Gesichtspunkte hinzugefügt werden.

Ehe wir inzwischen auf eine Kritik der bisherigen Theorieen und auf die unmittelbare Lösung unsrer Frage eingehen, werden wir unsre Ansicht über die Natur und Entstehung des Rathes in einer kurzen Skizze geben.

Es ist nothwendig, sie zu geben, wenn nicht manche unserer spätern Behauptungen als inhaltslos erscheinen sollen, und wir halten es für zweckmäßig, sie in einer besonderen Skizze vorauszuschicken, um Wiederholung und Weitschweifigkeit zu vermeiden.

Wir hoffen, daß der Leser dieses kleine Stück Rechtsphilosophie mit Geduld entgegennehmen werde.

Digitized by Google

Erster Abschnitt.

Rechtsphilosophische Vorbemerkungen.

Wenn die Frage nach der Entstehung des Rechts aufgeworfen wird, so spricht man häufig noch immer von einer philosophischen und historischen Schule.

Dieß ist ein Gegensatz, welcher etwas bedeutete, als es sich um die Philosophie der Naturrechtslehrer handelte, der aber jetzt seine Bedeutung verloren hat. Denn einerseits ist die historische Anschauung heutzutage die der Philosophie. Auf der andern Seite sind gewisse Eigenthümlichkeiten, welche allerdings nur zum Theil den Stiftern der historischen Schule angehören, aber doch im Allgemeinen die Kennzeichen ihrer Anhänger bilden Abneigung gegen die Codification, mikrologische Beschäftigung mit Antiquitäten, Vorliebe für das römische Recht, und ein unbedingter Cultus alles Positiven — keineswegs der Art, daß dadurch das historische Princip integrirt würde, vielmehr sind sie theils indifferent gegen dasselbe, theils ihm geradezu widersprechend.

Wir wollen versuchen, den Kern des historischen Princips bloß zu legen, und zu dem Ende die Richtung der Naturrechtslehrer, die Opposition der historischen Schule, in den

Digitized by Google

Standpunkt der heutigen, wir meinen der Hegelischen Philosophie in aller Kürze charakterisiren.

In aller Kürze. Denn es kann uns hier nur darauf ankommen, die Ausgangspunkte der verschiedenen Lehren aufzuzeigen.

Im Einzelnen einzugehen auf die Widersprüche, in welche die Naturrechtslehrer sich verwickelten, oder auf die Liebhabereien, für welche das historische Princip ihren Gegnern den Namen hergeben mußte, liegt außer unsrer Aufgabe.

Das Bestreben der Naturrechtslehrer, durch welches sie größer dastehen, als viele ihrer in Mikrologie aufgehenden Gegner, ist, in Bezug auf die Rechtswelt eine Einheit und Nothwendigkeit darzuthun. Allein der Dialektik und der eigentlichen Speculation noch fremd, stehen bleibend bei einseitigen Verstandessätzen, vermögen sie nicht, ihrer Einheit mit eine Mannichfaltigkeit und Veränderung, ihre Nothwendigkeit mit der Freiheit zu vereinigen; und da sie hinwiederum diese Thatsachen nicht aufgeben können, so bleibt ihr Bestreben fruchtlos, der Zusammenhang, den sie suchen, wird nicht hergestellt. Ihre Rechtswelt ist von der Wirklichkeit losgerissen, und selber in ein bloßes Sollen einerseits, in ein bloßes Können auf der andern Seite, auseinander gerissen.

Sie ist abgelöst von der Wirklichkeit: Ihr Rechtsgesetz besteht als Idee, als Gebot allerdings mit Nothwendigkeit; aber eben als bloße Idee. Seine Erfüllung ist etwas Zufälliges und für sich Bestehendes. Ihr Wille ist nichts Actuelles, das sich bethätigen wird und muß, sondern er kann sich bestimmen, oder auch nicht bestimmen.

Mit diesen bloßen Ideen aber, welche anders Wahrheit haben sollen, als weil sie Realität haben werden, und mit diesem Willen, dem nicht die That entsprechen muß, ist der un-

Digitized by Google

unterbrochene Zusammenhang, wie sie ihn suchen, aufgegeben, und ihre Rechtswelt ohne Boden und Anknüpfung.

Sie ist auseinandergerissen in ein Sollen und Können: Es ist nicht eine Substanz, welche sie erfüllt, sondern zur Verwirklichung der Rechtsordnung wirken zwei verschiedene Kräfte, die in keine Verbindung mit einander gebracht sind. Einmal das Rechtsgesetz, welches mit Nothwendigkeit gegeben, und a priori construirbar ist; und anderseits der Wille. So nämlich, daß das Rechtsgesetz leere Sphären läßt, in denen der Wille sich herumtummeln kann.

Diese Spaltung aufzuheben, sind sie allerdings ernsthaft bemüht. Allein es läßt sich leicht zeigen, daß es ihnen nicht gelungen ist.

Wie sie den Willen nicht als etwas Actuelles fassen, das sich überhaupt bethätigen muß, um Wille zu sein, so ist er ihnen auch ferner die inhaltslose Willkür, welche sich zu Dem, oder auch zu Jenem bestimmen kann; das bloß punctuelle Ich, dessen Freiheit so viel, wie grundlose Bestimmung, oder Zufälligkeit der Bestimmung ist.

Aus diesem Willen kann sich ein nothwendiges Rechtsgesetz, überhaupt irgend eine Harmonie, nicht ergeben, und die Versuche, welche sie damit anstellen, laufen auf einen bloßen Schein hinaus.

So zunächst der, welcher die sog. Maxime der Coexistenz ergibt. Die Freiheit des Willens wird als Grundforderung hingestellt. Daraus soll nach der Regel des Nichtwiderspruchs die durch die gleiche Freiheit der Andern beschränkte Freiheit folgen. Dieß ist eine Täuschung. Aus der unendlichen Willkür als einziger Voraussetzung kommt vermittelst des Nichtwiderspruchs immer nur wieder die unendliche Willkür, und keinerlei Beschränkung, sei es auch die für Alle gleiche, heraus.

Ebenso scheinbar ist die Lösung der Aufgabe vermittelst der Vertragstheorie. Mit dem Vertrag als Grundlage

Digitized by Google

der Rechtsordnung würde zunächst ein nothwendiger und a priori construirbarer Inhalt derselben aufgegeben sein. Ihr Inhalt so wie ihr Zustandekommen, kann, wie der Wille von diesen Philosophen gefaßt wurde, nur etwas Zufälliges sein.

Allein auch diese zufällige Ordnung hat keineswegs den Willen zur einzigen Voraussetzung.

Der Wille der Naturrechtslehre ist etwas Inhaltsloses, bloß Punctuelles; er verfällt wohl auf etwas, enthält aber nichts. Es ist darum etwas, das allezeit fertig, und in jedem Moment gleich Viel werth ist.

Wenn ich also in einem Moment mit dem Andern übereinstimmend etwas gewollt habe, so folgt aus diesem Willen als einzige Voraussetzung keineswegs, daß ich später daran gebunden sei.

Ueberdieß vermögen sie auch gar nicht consequent an der Vertragstheorie festzuhalten. Indem sie dem Vertrag einen nothwendigen Inhalt geben, wird er znm bloßen Wort. Selbst beiRousseau, dem es am Meisten Ernst ist mit der Vertragstheorie, kommt mit einem Mal die Gleichheit, also die Maxime der Coexistenz als die eigentliche Basis seiner Rechtsordnung zum Vorschein.

Wenn hiernach ein ununterbrochener Zusammenhang aufgegeben ist, wenn sie insbesondere auch innerhalb ihrer Rechtswelt nur scheinbar einen Zusammenhang herzustellen vermögen, so bestreben sie sich um so mehr, in der einen der auseinandergerissenen Sphären, dem Rechtsgesetz, eine Einheit und Nothwendigkeit herzustellen, und die ganze Substanz der Rechtsregeln auf ein einziges Princip zurück zu führen.

Hier gesellt sich nun zu dem Irrthum, daß sie aus der Willensfreiheit als einziger Voraussetzung die Maxime der Coexistenz herzuleiten glauben, noch ein weiterer Irrthum. Mit dieser Maxime, d. h. der gleichen Freiheit Aller, könnten doch nur die Linien gewonnen sein, nach welchen der nach den Umstän-

Digitized by Google

den verschiedne, ausfüllende Stoff geordnet würde. Allein damit begnügen sie sich nicht. Sie leiten vielmehr aus diesem Princip schon ganz bestimmte Rechte und Pflichten ab, und produciren damit den ganzen Stoff der Rechtsregeln. Und so entsteht denn das uniforme, an Ort und Zeit nicht gebundene Recht.

Gegen diese Doctrin der Naturrechtslehre trat die historische Schule auf. Aber da sie nicht bloß die „historische" sondern zugleich auch die unphilosophische ist, keineswegs in der Art, daß sie Hand legte an die Wurzel jener Irrthümer, und den Riß zwischen Sein, Denken und Wollen zu schließen sich bemühete.

Sie verwarf das absolute Recht der Philosophen, und stellte auf, daß das Recht nach Zeit und Ort verschieden sei.

Allein an einer tiefern Begründung dieses relativen Charakters fehlt es.

Zu einer solchen hätte gehört, daß der Begriff des Willens richtiger gefaßt wurde; denn nur weil es in ihm seinen Sitz hat, ist es seinem Wesen nach relativ. Statt dessen wandte sich die historische Schule vielmehr ebenso entschieden auch gegen dieses Princip, welches doch nur scheinbar dem Philosophen zur Grundlage gedient hatte.

Zwar ist hin und wieder von einem allgemeinen Willen, oder von dem Volke in einer Weise die Rede, daß man glauben könnte, es käme auf sein Wollen an. Allein der allgemeine Wille wird nicht auf irgend eine Art im Einzelwillen aufgelöst, und was den Ausdruck „Volk" betrifft, so wird ausdrücklich erklärt, daß damit das Volk nur als Naturganzes gemeint sei, nicht aber die einzelnen Individuen, welche dieses Naturganze bilden. So bleibt denen der allgemeine Wille, der Wille dieses Naturganzen ein bloßes Abstractum und eine Fiction.

Digitized by Google

Es wird auch weiter behauptet, daß ein Volk in späterer Zeit nachlasse oder aufhöre, rechtsproductiv zu sein, und daß dann ein Juristenstand an seine Stelle treten müsse. Darin liegt ebenfalls, daß das Recht von dieser Schule nicht als eine Willenssache gefaßt wird. Denn wenn ein Volk, Recht producirt, weil es lebt und will, so kann es nicht aufhören, rechtsproductiv zu sein.

In der That ist der historischen Schule das Recht gerade wie den Naturrechtslehrern ein Complex von bloßen Ideen, in Bezug auf welche es sich nicht fragt, ob sie etwas Gewolltes, sondern ob sie an und für sich wahr sind; und sie zieht es demgemäß auch regelmäßig vor, von einer Volksüberzeugung, anstatt von einem Volkswillen zu sprechen.

Nun gibt es aber keine bloßen Ideen, welche Wahrheit hätten, d. h. keine Ideen, welche anders Wahrheit hätten, als weil ihnen Realität zukommt. Dem Recht der historischen Schule fehlt daher die Basis ebenso, wie dem der Naturrechtslehrer, und „die dunkle Werkstätte, in welcher es bereitet wird" ist ihr allerdings dunkel.

Das a priori Construiren jener hat sie, und mit Recht, aufgegeben; allein auch das Feld für die empirische Untersuchung bezeichnet sie nicht, und kann es nicht bezeichnen.

Ihr Recht wird ein naturwüchsiges genannt, und damit auf beide angegebenen Momente hingedeutet, einerseits darauf, daß sie damit gegen den Willen als den Sitz des Rechts, insbesondere gegen die Vertragstheorie auftrat, anderseits darauf, daß eine bewußte Feststellung des Rechts durch ihre Theorie ausgeschlossen ist.

Die legislatorische Thätigkeit zu beschränken, lag nun freilich von vorn herein in der Absicht der historischen Schule, und die Abneigung gegen die Codification ging der Theorie voraus. Inzwischen will sie doch nicht alle Gesetzgebung ausschließen,

Digitized by Google

und vindicirt auf der andern Seite dem Juristenstand die Function, mit Bewußtsein Recht festzustellen. Gleichwohl weiß sie durchaus nicht zu sagen, was es für eine nähere Bewandtniß mit dieser Function habe.

Sie gibt wohl an, wenn die Rechtswahrheiten zum positiven Recht geworden sind; nicht aber worauf sich die Thätigkeit derer, die es zum positiven Recht machen, zu richten hat. Fragt man hiernach, so wird man statt aller Antwort wieder und wieder auf den Nationalzusammenhang verwiesen, von welchem sich die Gesetzgeber und Juristen berührt fühlen müssen. Als ob dieser Zusammenhang, wenn nicht fortgegangen wird zu dem Zusammenhängenden, mehr wäre, als ein Wort.

Es wird der historischen Schule nachgerühmt, daß sie das Recht wieder auf dem Boden der Wirklichkeit versetzt habe. Dieß ist freilich insoferne wahr, als sie das a priori Construiren aufgegeben, und sich einer gründlichen Durchforschung des vorgefundenen Stoffes zugewandt hat — ein Verdienst, welches gewiß Niemand antasten wird. Keineswegs aber in dem Sinn, als ob sie die falsche Grundanschauung der Naturrechtslehrer über das Verhältniß von Sein, Denken und Wollen überwunden hätte; denn sie befindet sich noch mitten darin. Die Naturrechtslehrer aber gaben mit ihrem Recht, welches sie vermeinten als ein absolutes a priori construirt zu haben, zum Theil nur Sätze, welche als neue Principien in ihre Zeit hereinbrachen, und wenn dieser Idealismus der Naturrechtslehrer bei der historischen Schule in einen ausschließlichen Cultus des Positiven und Vergangenen umgeschlagen ist, so ist dieß ein Unterschied, welcher jene Grundanschauung unberührt läßt, wohl aber die große Seite jener, die Kleinheit dieser ausmacht.

Digitized by Google

Gegenüber diesen Theorieen ist der Standpunkt der Hegelischen Philosophie der, daß sie das Recht entschieden in den Willen verlegt, daß sich die ganze Rechtswelt auf dem Willen und nur auf diesem aufbaut.

Die Frage, um die es sich früher eigentlich handelte, wenn man zwischen dem Willen und einem außer ihm liegenden Grund des Rechts schwankte, ob die Rechtsordnung und ihr Inhalt etwas Zufälliges, oder mit Nothwendigkeit Gegebenes, und sich Entwickelndes sei, fällt nunmehr zusammen mit dem Problem der Willensfreiheit.

Hier nun vor Allem macht sich die läuternde Kraft der Dialektik geltend, indem sie aufstellt: Die Willensfreiheit ist zugleich eine Freiheit und eine Nothwendigkeit.

Freiheit ist aber nicht mehr die Möglichkeit, sich überhaupt zu bethätigen oder nicht zu bethätigen, und weiterhin, sich zu Dem, oder auch zu Jenem zu bestimmen, mit andern Worten Zufälligkeit der Bestimmung, sondern wahrhafte Selbstbestimmung. Darin liegt nun entsprechend den in dem früheren Begriff der Willensfreiheit enthaltenen Momenten Zweierlei: Wenn an die Stelle der Möglichkeit, sich auf diese oder auch auf andere Art zu bethätigen, nunmehr die Nothwendigkeit tritt, daß er sich zu Diesem und nichts Anderem bestimme, so fordert die Selbstbestimmung, daß es sein eigner Inhalt sei, den er geltend macht. Der Wille ist daher nicht als etwas bloß Punctuelles, sondern als etwas Inhaltsvolles zu denken. Wenn ferner die Nothwendigkeit besteht, daß es sich überhaupt bethätige, um Wille zu sein, so kann von Selbstbestimmung nur dann die Rede sein, wenn sein Inhalt selbst als das Treibende angesehen wird.

Zu solcher Vorstellung ist aber erforderlich, zu begreifen, daß der Wille keine von dem Denken überhaupt verschiedene Kraft, die ihren Gegenstand von diesem empfinge, sondern sel-

Digitized by Google

der Denken ist. Und ferner ist erforderlich, daß nicht bloß die Gedanken desselben individuellen Geistes, sondern auch die verschiedenen individuellen Geister, die Generationen, und die Volksgeister *als eine Totalität begriffen werden*, in der sie nur Momente, jedoch keine accidentellen, sondern wesentliche Momente, und deshalb wiederum etwas Selbstständiges sind, indem jene Totalität kein andres Dasein hat als in dem Individuum, der individuelle Geist nicht anders existirt, als in einzelnen Gedanken.

Es ist hier nicht der Raum, diese Sätze näher auszuführen, oder weiter zu begründen. Wir müssen in dieser Beziehung auf ihre Quelle verweisen. Nur dieß sei noch bemerkt, daß dieses Ergebniß der Dialektik keineswegs etwas dem gewöhnlichen Bewußtsein Fremdes ist. Es wird sich vielmehr in dem Bewußtsein eines Jeden finden, erstlich, daß es für seine Handlungen auf seine eigne ihm angehörig Geistesthätigkeit ankomme, und anderseits, daß diese Thätigkeit doch keine gesetzlose, und daß sie kein absolutes Anfangen sei.

Wie bemerkt wurde, muß der Wille als Denken erfaßt werden. Es ist nicht als eine von dem gewöhnlich sog. Denken verschiedenes Vermögen, sondern nur als eine andere Weise des Denkens anzusehen; „es ist zwischen Beidem nur der Unterschied des Denkens überhaupt in seinem theoretischen und praktischen Verhalten."

Während nun das Denken in seinem theoretischen Verhalten von der Wirklichkeit ausgeht, und die Wahrheit des Gedachten ihren Maßstab an dem vorher gegebenen Wirklichen findet, hat der Inhalt, welcher dem Denken als Willen zukommt nur eine nachfolgende Realität; und da es eine Wahrheit ohne Realität nicht gibt, ist es nur insofern schon jetzt wahr, als der Wille etwas Actuelles ist, das nicht bei der

Digitized by Google

bloßen Möglichkeit stehen bleibt, sondern sich bethätigen wird und muß.

Diesen Sinn hat der so oft von der einen Seite gemißbrauchte, von der andern darum beanstandete Satz: *Was wirklich ist, das ist vernünftig und was vernünftig ist, das ist wirklich.* Danach hat die Philosophie allerdings die Meinung zurückzuweisen, als ob etwas, das nicht in der That ist, oder sein wird, dennoch sein sollte; sie kann auch in Bezug auf das Recht nur ein nothwendiges Werden anerkennen.

Nur ist der Geist selber der Boden, in welchem diese Nothwendigkeit, und das, was mit Nothwendigkeit wird, seine Wurzel hat, und der Mißbrauch, der mit jenem Satze getrieben wird, hat eben die Tendenz, den Geist als diesen Boden zu leugnen.

Es ist gebräuchlich, darin für „wirklich" „positiv" unterzuschieben, in der Absicht, damit dem Denken und Wollen eine Schranke zu setzen. Dabei vergißt man nur ganz, sich nach dem Ursprunge der positiven Wirklichkeit umsehen. Denn es ist eben der Wille, der sie hervorgebracht hat, und der immer eine neue Wirklichkeit hervorbringen muß.

Was hiernach gegenüber sowohl den Naturrechtslehrern, als der historischen Schule festgehalten werden muß, ist dieß: Das Recht ist *zunächst* keine Sache der Ueberzeugung, d. h. des theoretischen Geistes, *sondern des Willens*; oder anders ausgedrückt: *Es ist kein bloßer Ideencomplex, sondern ein System realer Triebe oder Bedürfnisse.*

Wir ziehen diese letztere Fassung vor, weil sie weniger geeignet ist, an die Vertragstheorie zu erinnern, oder ähnliche

Digitized by Google

Mißverständnisse zu begünstigen, und deutlicher hinweist auf ein concretes Wollen, wie es zur Entstehung des Rechts erforderlich ist.

Wie es nämlich Gedanken des rein theoretischen Geistes gibt, die bloß abstract und darum unwahr sind, so gibt es auch ein bloß abstractes Wollen, das darin gleichgültig ist für das Recht. Das Eifern für ein ersonnenes „Princip," die Begeisterung für ein ausgetheiltes Stichwort, ist nicht das Wollen, welches Recht erzeugt.

Hier kann nur in Betracht kommen der Wille, welcher einen lebendigen, individuell gestalteten Inhalt hat, und dieses Wollen, welches nicht mit einem Schlag, sondern auf geschichtlichem Wege sich bildet, ist in der Masse des Volkes regelmäßig nur so vorhanden, daß das in dem Besonderen versteckte Allgemeine noch nicht ungetrennt von jenem gedacht, oder als solches doch nur gefühlt oder empfunden wird.

Es ist dieß die nämliche Wahrheit, auf welche die historische Schule hindeutet, freilich in dem Sinn, als ob das Volk hierbei gleichsam theoretisire, wenn sie sagt, daß die Rechtsüberzeugung des Volkes nicht ein Bewußtsein der abstracten Regel, sondern die lebendige Anschauung der Rechtsinstitute sei *).

*) Auf dem gänzlichen Unbewußtsein dieser Wahrheit beruht das, was Walter (System des d. Pr. S. 19) sagt: „Gerber hat das mit Maurenbrecher, Beseler und Andern gemein, daß zu viel auf Volksbewußtsein, Volksgeist, Volkswille, Bezug genommen wird. Allein man frage einmal das deutsche Volk Mann für Mann um seine Rechtsüberzeugung über Wechselrecht, Retractrecht, Assecuranzrecht, eheliche Gütergemeinschaft und Anderes ab; es wird den Sinn der Frage nicht einmal verstehen. Es gibt im Recht keine Ueberzeugung und kein Bewußtsein, als das der Männer vom Fach. Das Uebrige ist leere Fiction, woraus für die Wissenschaft nur Unklarheit und Widerspruch fließt."

Digitized by Google

Wir unsrerseits suchen hierauf hinzuweisen, indem wir, anstatt von dem Recht als einer Sache des Willens zu sprechen, uns lieber dahin ausdrücken: Das Recht ist ein System realer Triebe oder Bedürfnisse, und wir hoffen nach dieser Erklärung keinem Mißverständniß ausgesetzt zu sein *).

Walter lasse aber nur die technischen Ausdrücke weg, und gebe der Rechtsregel die ihr zukommende concrete Gestalt eines einzelnen Falles. Dann frage er die Personen, welche durch sie berührt werden, Mann für Mann ab, und wenn er dann keine Antwort erhält, so gibt es überhaupt kein wahrhaftes Recht, sondern nur willkürliche positive Satzungen. Davon, daß sich eine Rechtsregel völlig concret geben lassen muß, weil sie keine volle Wahrheit hat, als in den einzelnen Fällen, und davon, daß die Rechtswahrheit in dieser Gestalt zu nichts Anderem wird, scheint aber Walter keine Ahnung zu haben.

Man muß sich dabei nur wundern, daß er bald darauf — bei dem, was er von dem Gewohnheitsrecht erzählt — doch wieder von dem Volke spricht, und von Rechtsideen, die im Volke leben.

*) Daß der Wille nur eine Seite des Denkens — praktisches Denken — ist, wurde schon oben betont; und auszudrücken, daß dieses praktische Denken ein concretes sein muß, ist eben der Zweck, wenn wir von Bedürfnissen, anstatt von dem Willen reden.

Insofern der Mensch denkend bedarf, kann auch gesagt werden, daß der Idealismus die Kraft ist, welcher die rechtliche und sittliche Welt hervorbringt, und wird um so mehr gesagt werden, je weniger den Bedürfnissen die natürliche Unmittelbarkeit anklebt, und je tiefer das darin enthaltene Allgemeine — die Idee — liegt.

Im Text wird mehr dieß hervorgehoben, daß es ein Recht nur gibt, insofern der Mensch denkend bedarf, daß es sich also nicht um Ideen des theoretischen Geistes, oder um bloße Ideen handelt, sondern um solche, die ihre Realität noch empfangen müssen. Hiermit aber im Zusammenhang steht, wie noch weiter ausgeführt werden wird, daß es keine absoluten und uniformen Regeln für das Recht und

Digitized by Google

Auf solch ein lebendiges Bedürfniß aber muß sich ein jeder Rechtssatz zurückführen lassen. Ist auch die Fassung, die es als Rechtssatz erhält, nicht immer der Art, daß es auf den ersten Blick durchscheint, so wird es doch immer möglich sein, dasselbe bloß zu legen, und es wäre für die Entscheidung mancher Controverse von großem Vortheil, wenn man sich dieser Arbeit mehr unterziehen, und so auf das Substantielle der Rechtssätze zurückgehen wollte, anstatt auf dem leeren Stroh der juristischen Formel zu dreschen.

Darin, daß das Recht ein System lebendiger Triebe, oder m. a. W. eine Willenssache ist, beruht denn auch das historische Princip, der relative Charakter des Rechts. Weil es seine Wurzel in dem Willen hat, ist es der Entwicklung und Veränderung, der Geschichte unterworfen.

Ideen, welche dem rein theoretischen Geiste angehören, sind nicht minder wahr darum, weil sie in einer gewissen Zeit noch nicht zum Bewußtsein gekommen sind. Ferner kann freilich unter verschiedenen Voraussetzungen Verschiedenes wahr sein; allein Voraussetzungen der Art, daß nicht bloß eine Verschiedenheit, sondern eine stetige und fortwährende Veränderung damit gegeben wäre, können, wenn man von dem Willen absieht, nicht bezeichnet werden. Freilich schon deswegen nicht, weil für Ideen, deren Wahrheit nicht auch ihre Realität wäre, überhaupt keine Voraussetzungen angegeben werden können.

---

die Sittlichkeit geben kann, woher sie auch genommen seien; und auch in diesem Sinn — daß also die sittliche Welt keine fertige, sondern nur eine in beständigem Fluß begriffene und sich erneuernde sein kann — ist es eingeführt, von dem Idealismus als ihrer Grundlage zu sprechen.

Digitized by Google

Diejenigen, denen das Recht ein bloßer Ideencomplex ist, sind denn in der That auch fern von einer wahrhaften Einsicht in die relative Natur des Rechts.

Man spricht allerdings aus, daß es nach Volk und Zeit verschieden zu sein pflege, sieht es aber doch im Grunde mehr für etwas Absolutes an, das nur in Folge zufälliger äußerer Umstände Modificationen erleidet, oder dessen Verschiedenheit in der auseinandergehenden Ueberzeugung derer, die es positiv machen, also in einem Irrthum auf der einen oder anderen Seite ihren Grund hat; und jedenfalls hüten die Meisten noch einen Schatz von Rechtssätzen, die sie sich gar nichts anders, denn als absolute Rechtswahrheiten vorzustellen vermögen.

Das Recht ist eben seinem Wesen nach relativ nur als ein Inhalt lebendiger Triebe.

Es ist relativ nach dem Volke. Weil eine Abstufung und Verschiedenheit der menschlichen Organisation stattfindet.

Auf die muthmaßlichen Arten und Varietäten einzugehen, ist hier nicht der Platz, noch stehen uns die Kenntnisse zu Gebot, um dieß in anderer als dilettantischer Weise thun zu können. Nur das bemerken wir, daß häufig in Bezug auf Völker, die sich sehr nahe stehen, ein zu großes Gewicht auf die nationale Verschiedenheit gelegt wird; daß, wie z. B. bei einer Vergleichung des römischen und deutschen Rechts, nicht selten jener zugeschrieben wird, was mit einer Verschiedenheit der Entwicklungsstufe zusammenhängt, und daß der nationale Unterschied in solchen Fällen sich nicht messen kann mit dem Unterschied, welchen die Zeit wirkt.

Denn vor Allem ist das Recht relativ der Zeit nach. Weil der Wille nichts Fertiges ist, sondern etwas sich Entwickelndes, und die Entwickelung der Willen sich fortsetzt durch die verschiedenen Generationen hindurch So lange eine Kulturwelt überhaupt noch nicht im Untergehen begriffen oder

Digitized by Google

stationär geworden ist, tritt auch kein Stillstand in dieser Entwickelung der Willen ein, wie sehr auch diejenigen, die das historische Princip am Meisten im Munde führen, der Meinung sind, daß die Rechtsgeschichte von einem Favoritzeitpunkt an stehen zu bleiben habe.

Und wie die Relativität des Rechts nur darin ihren wahrhaften Grund findet, daß das Recht seinen Sitz in den Willen hat, so muß auch andererseits, wie sehr diese Behauptung auch Mißverständnissen ausgesetzt ist, dennoch aufgestellt werden, daß dieser Umstand das Recht zu etwas durch und durch Relativem macht, daß es keinen eigentlichen Rechtssatz gibt, der in dem allgemeinen Fluße des Rechts eine durchaus feste Position einnähme *). Wer wenigstens einen gewissen

*) Zur Abweisung der möglichen Mißverständnisse ist etwa Folgendes zu sagen.

Zunächst ist etwas Absolutes der Begriff des Rechts selber, wenn man diese noch von allem concreten Inhalt entblößte Wahrheit einen Rechtssatz nennen will. Damit auch der Begriff der Rechtswidrigkeit, des Verbrechens, die Straftheorie.

Auch läßt sich allerdings ein Minimum von Rechten und Pflichten aufstellen, ohne welche eine die Collision mit andern Willen ausschließende Bethätigung des Willens nicht denkbar ist. In dieser Beziehung ist aber auf das im Text sogleich Folgende zu verweisen.

Ferner ist Recht hier nur als ein Inbegriff von in gewissen Sinn unmittelbaren Rechten und Pflichten gemeint. Unmittelbar insofern, als andere Rechte und Pflichten erst darum entstehen, weil sich der allgemeine Wille nicht durchaus von selber vollbringt, sondern der Staat ihn vermittelnd eintreten muß. In dieser Hinsicht kann es denn freilich Fragen geben, bei denen es sich um eine rein theoretische Erkenntniß, nicht um relative Triebe oder Bedürfnisse handelt. So die Frage, wie der Rechtszustand zu sichern, oder, wenn er verletzt ist, am zweckmäßigsten wiederherzustellen sei; wie der Verbrecher zu bes-

Digitized by Google

Fonds von Rechtssätzen reservirt, die er als absolute Rechtswahrheiten nicht aufgeben mag, weil sie bei allen Völkern in unserm nächsten Gesichtskreis, und innerhalb ihrer uns bekannten Geschichte vorkommen, der denkt nicht an Menschenarten niedrigster Organisation, oder weiß nicht im Gedanken seine Zeit zu erfassen, die auch nur ein Paar Jahrtausende zurückliegt vor der überlieferten Geschichte jener Völker.

Wenn wir hinsichtlich der Natur des Rechts lediglich hinweisen auf das Vorhandensein realer Triebe, auf den freien Willen, der sich bethätigen muß, so entsteht allerdings die Frage, wie sich dabei eine Rechtsordnung denken lasse. Denn die Einzelnen haben Bedürfnisse, welche einander widersprechen.

---

fern sei, endlich auch, wie der allgemeine Wille erkannt, und wie er sofern der Staat vermittelnd eintreten muß, am zweckmäßigsten realisirt werde.

Allein solche Rechte und Pflichten schließen sich doch nur an jene als ihren Kern an, und man könnte die dahin gehörigen Sätze im Gegensatz zu den eigentlichen Rechtssätzen als Sätze der Politik, also, sofern es sich um positive Bestimmungen handelt, der positiven Politik bezeichnen.

In wie weit auch sie, theils, weil sie sich an jene als ihren Kern anschließen, theils in anderer Beziehung einen uniformen Charakter ausschließen, kann uns hier nicht näher interessiren. Endlich versteht es sich von selbst, daß die logische Thätigkeit der Juristen, welche den durch den Willen, resp. durch die Rechtsquellen, gegebenen Stoff auseinander und zusammenlegt, ein Princip in concrete Sätze vertheilt, und wiederum aus solchen das allgemeine Princip abstrahirt, nur dieselben absolut richtigen Resultate haben kann. Damit entsteht aber auch, wie bei Gelegenheit des Juristenrechts noch auszuführen ist, kein neues Recht, sondern es wird dasselbe nur in andrer Form wiederkehrende Recht gegeben.

Digitized by Google

Darauf ist zu antworten: So wenig wie die Gestalt ihres Inhalts, so wenig darf auch das Bestehen der Rechtsordnung, oder — insofern man unter Recht nur etwas versteht, das Collisionen ausschließt — des Rechts überhaupt, als etwas Absolutes gefordert werden.

Für die Zeit der beginnenden Entwickelung ist eine Rechtsordnung, resp. mehr als ein Minimum von Rechtsordnung nicht möglich, und sie ist nicht bloß deshalb unmöglich, weil es an dem Verständniß der dazu nothwendigen Einrichtungen fehlte sondern sie ist an und für sich nicht denkbar. Sie wird erst möglich, indem sich auf geschichtlichem Wege die verschiedenen Triebe einander anbequemen, oder ein Princip durch welches die widersprechenden einander untergeordnet werden, selber zum Gegenstand eines überwiegenden Bedürfnisses wird. Mit einem Wort es müssen sich mit fortschreitender Entwickelung die Einzelwillen in gewissen Beziehungen zum allgemeinen Willen verdichten.

Dieß ist kein Vertrag, kein momentanes Zusammentreffen, sondern ein stetiger Zusammenschluß des Willen, und die Rechtsordnung ist so wenig, wie die Bethätigung des Willens überhaupt etwas Zufälliges oder „Willkürliches". Vielmehr muß es mit der Zeit geschehen, daß bei einem Zusammenleben auch solche Willensbestimmungen unter andern zu Tage treten, welche eine Collision ausschließen.

Und wie das Bestehen der Rechtsordnung etwas Relatives ist, so ist auch anderseits der Stoff, welcher in ihr Bereich oder das des Staates überhaupt fallen kann, nicht als ein fest abgegränztes anzusehen. Alles was Gegenstand des Einzelwillens ist, kann auch Gegenstand des allgemeinen Willens werden, und dieser zieht mit der Zeit immer mehr Stoff an sich.

So lange wenigstens ein Volk noch nicht ablebt, und darum

Digitized by Google

zerfährt, gilt der Satz, daß der Staat immer socialer wird.

Das darf so wenig geläugnet werden, wie die vorher ausgesprochene Wahrheit. Denn es ist gar kein anderer Satz, sondern nur ein Unterschied der Redensart, in der einen Beziehung zu sagen, daß ein Fortschritt vom Unstaat zum Staate statt gefunden habe, in der andern, daß der Staat immer socialer werde. Es ist der nämliche Entwickelungsproceß, der, wie er vom Anfang an begonnen hat, so sich weiter fortsetzt.

Damit hätten wir denn einen allgemeinen Willen, eine Rechtsordnung; aber wie es scheint, ohne den Gegensatz der Rechtswidrigkeit, und ohne einen Unterschied von Recht und Pflicht.

Denn wie kann Jemand eine Rechtswidrigkeit begehen durch Verletzung eines Satzes, der erst durch Zusammenschluß aller Einzelwillen zum Inhalt der Rechtsordnung, also zum Rechtssatze wird? und wie ist ein Unterschied denkbar zwischen Recht und Pflicht, da beide als Willensbestimmungen, als Triebe aufzufassen sind?

In einer Rechtswelt, die sich lediglich auf dem Willen aufbaut, scheinen solche Unterscheidungen unterzugehen. Aber mit Nichten.

Allerdings bleibt uns der allgemeine Wille keine bloße Abstraction, bei der gar nicht zu einer Auflösung in Einzelwillen fortgegangen wird, und ebensowenig können wir mit Rousseau einen allgemeinen Willen darin erblicken, daß Jedermann einen Stimmzettel abgegeben hat. Vielmehr ist uns der allgemeine Wille allerdings der Wille aller derer, welche durch eine Bestimmung berührt werden. Wer aber glaubt, daß damit jene Unterscheidungen wegfallen müßten, dem schwebt der Wille vor

Digitized by Google

als das inhaltslose, bloß punctuelle Ich, nicht als der, wie wir ihn in dem Vorhergehenden bestimmt haben. Er läßt das historische Princip, welches er für die Entstehung des Rechts überhaupt, vielleicht anerkennt, im Einzelnen wieder fallen, und sieht unabänderliche Willenszustände, wo er Willensprozesse sehen sollte; er vergißt, daß der Wille nur eine Seite des Denkens ist, und daß daher Willensbestimmungen, welche sich in demselben Thatbestand zusammenschließen, doch eine sehr verschiedene Bedeutung zukommen kann.

Der Wille ist etwas sich Entwickelndes, darum aber auch Entwickelbares, und ferner etwas auch innerhalb einer gewissen Entwickelungsphase wiederum Fluctuirendes.

In dieser Hinsicht ist nun zunächst eine Bemerkung zu machen über die Qualification des allgemeinen Willens zum positiven Recht zu werden.

Obgleich nämlich die Bildung des allgemeinen Willens ein beständig vor sich gehender Prozeß ist, so kann sich doch die Feststellung des Rechts nicht genau diesem Prozeß anschließen. Vielmehr hat sie, theils einen Zustand festhaltend, der sich schon zum Vergehen anläßt, oder wieder einen zeitweiligen Widerspruch findet, theils das Resultat einer Entwickelung anticipirend, die sich noch nicht vollständig vollbracht hat, einen relativ fertigen Zustand zu geben. Es beruht dieß einestheils in der Unmöglichkeit, einen continuirlichen Fortgang anders, als durch annähernde discrete Festsetzungen wieder zugeben; ebensosehr aber auch darin, daß bei der Fluctuation des Willen sie nicht in jedem Momente maßgebend sein können, wenn eine dauerhafte Befriedigung die Folge sein soll, und daß ferner die Beschleunigung einer Entwickelung zu einer höhern Befriedigung des Volkes führen kann *).

*) Die continuirliche Entwickelung des Rechts gehört mit zu den Einwendungen der historischen Schule gegen die Codification.

Digitized by Google

Aehnliches gilt nun da, wo es sich um das ausnahmsweise Widerstreben Einzelner gegen den allgemeinen Willen handelt.

Der Einzelne will häufig in dem einen Moment dieses, in einem Moment darauf das Widersprechende. Da nun aber der Wille etwas Einheitsliches ist, so muß sich aus den Momenten, in welchen solche Schwankung sich zeigt, einer herausgreifen lassen, in welchem das einer höhern, oder dauerhaftern Befriedigung entsprechende Bedürfniß vorhanden ist. Eine Aufstellung, die zum Beweis dienen soll, daß man durch eine Unterscheidung des Willens in sich dazu kommen kann, ihn in gewissen Momenten als nicht maßgebend zu behandeln.

Darauf ist zu erwiedern, daß die Gewohnheit als Rechtsquelle d. h. eine Mehrheit ähnlicher Handlungen, ebensowenig eine continuirliche Veränderung des Rechts wieder geben kann, als die Gesetzgebung. Denn ehe eine Mehrheit von ähnlichen Handlungen vorliegt, hat sich ja die allmähliche Veränderung, welche darin enthalten ist, schon vollbracht, und der Zeitraum, dessen es bedarf, damit ein Gewohnheitsrecht für den Richter existirt, braucht nicht geringer zu sein, als welchen eine den Reformen geneigte Gesetzgebung einzuhalten vermag.

Wir verkennen nicht, daß ein sich als Gewohnheit gebendes Recht möglicherweise dem Volkswillen mehr angepaßt ist, als ein Gesetzbuch, und haben am allerwenigsten gegen wahrhaftes Gewohnheitsrecht etwas einzuwenden. Denn die Sitte ist nichts Anderes als die Bethätigung des Volkswillens, in welche wir das Recht setzen.

Allein bei der für den einzelnen Richter vorhandenen Unsicherheit der Existenz einer Sitte hat man die Erfahrung, daß an die Stelle wahrhaften Gewohnheitsrechtes immer ein Juristenrecht tritt, und das ist es eben, wofür die historische Schule streitet.

Die Codification einer volksthümlichen Regierung bei einer Centralisation in naturgemäßem Kreise ist daher einem sich als Gewohnheit gebenden Rechte weitaus vorzuziehen.

Digitized by Google

Ferner kann der Einzelne durch äußere Umstände einer Entwickelung entzogen sein, deren er doch fähig, und nicht bloß vermöge einer Fiction, sondern in der That fähig ist *); in welcher Hinsicht denn insbesondere die Erziehung in Betracht kommt. Denn dieselbe ist so wenig im Gegensatz zu einer freien Entwickelung zu denken, daß der Mangel an Erziehung vornehmlich zu diesen Umständen zu rechnen ist.

Endlich kann es auch der Fall sein, daß der Einzelne, ohne daß er sich in Opposition gegen den allgemeinen Willen stellen will, nur über die Consequenzen seines Wollens unklar oder zweifelhaft ist.

Die Staatsgewalt soll nur die Vertretung sein des relativ fertigen, normalen und sich klaren allgemeinen Willens und hat gegenüber der unregelmäßigen Entwickelung, der Fluctuation und Unklarheit einzelner

*) Unter diesen Gesichtspunkt fällt aus dem Strafrecht die Besserungstheorie. Ihre tiefere Bedeutung ist die, daß der Wille des Verbrechers seiner selbst wegen in Betracht kommt, weil alles Recht in dem Willen, und das Recht, welches er verletzt hat, zunächst nur in dem Willen der Andern seinen Grund hat.

Es gehört zu den Fortschritten der Humanität in unsrer Zeit, daß die Strafe nicht als bloßes Mittel zur Sicherung der Gesellschaft, sondern der Verbrecher selbst als Glied der Gesellschaft behandelt wird, dessen Wille seiner selbst wegen zu reguliren, und in den allgemeinen Willen wieder einzufügen ist.

Die sog. Gerechtigkeitstheorieen, welche der herrschenden Darstellung angehören, enthalten zum Theil nur eine tiefere (zuweilen freilich auch sehr unklare) Fassung dieses Princips, als diejenige gewisser Besserungstheorieen ist, und anderseits eine Vermittelung desselben mit den Sicherungs- oder Präventionstheorieen.

Sofern aber dieses nicht der Fall ist, dann ist der Kern, wenn man genauer zusieht, nichts als eine sublimirte Talion.

Digitized by Google

Willen jenen vermittelnd einzutreten. Eine Auffassung, die freilich darunter leiden muß, wenn man lediglich die Anwendung des Rechts durch den Richter vor Augen hat, statt an die große Masse des Rechts zu denken, das sich von selbst verwirklicht.

Im Uebrigen gibt es freilich Fälle, in denen es sich nicht um eine momentane Abirrung handelt, noch eine die Berichtigung eines unklaren Willens, oder um die nachträgliche, zur eignen Befriedigung des Verbrechers gereichende Einfügung seines Willens in den allgemeinen Willen handeln kann. Dann würde allerdings die Behauptung eines vollkommen allgemeinen Willens eine bloße Fiction sein. Es ist vielmehr zu sagen, daß hier der Staat dem Einzelnen gegenüber tritt wie die Partei der Partei. Wer aber darin eine Herabwürdigung des Staates sieht, der sollte seine theoretische Sehnsucht nach einer wahrhaften und eigentlichen Rechtsordnung lieber zu einem praktischen Eifer für eine solche werden lassen. Die dunkeln Flecken, die in solchen Fällen die Rechtsordnung zeigt, lassen sich durch keine Doctrin wegwaschen. Wohl aber ist es denkbar, daß der Staat durch seine Sorge für die Einzelnen solche Ausnahmsfälle, in denen er zur bloßen Partei herabsinkt, unmöglich mache. Mit andern Worten: Hier ist die wahrhafte Rechtsordnung *nicht zu entdecken*, sondern durch bessere sociale Einrichtungen zu *erschaffen*.

Es braucht nicht bemerkt zu werden, daß auch abgesehen von dem Widerstreben Einzelner den Inhalt einer positiven Rechtsordnung neben dem Stoffe, welcher dem allgemeinen Willen zugeschrieben werden kann, immer auch solcher Stoff zu bilden pflegt, welcher dem bloßen Parteiwillen angehört; und es ist ganz unmöglich, daß das Werden der positiven Rechtsordnung in dieser Hinsicht völlig gleichen Schritt halte mit dem effectiven Zusammenschluß aller Willen. Ob aber die Herrschaft eines Parteiprincips nichts ist, als

Digitized by Google

die factische Reprimirung des anderen Theils durch die stärkere Partei, ob anderseits die unvermeidliche Anticipation einer wirklichen Rechtsordnung, das richtet sich darnach, welche Partei nach dem Zeugniß dies Geschichte im Vordringen begriffen ist, also an wachsender Intensität des Wollens die andere übertrifft.

Was endlich die Unterscheidung von Recht und Pflicht betrifft, so gibt es allerdings kein auf einer bloßen Idee beruhendes Sollen, einerseits, ein wirkliches Können, das ein solches zu bleiben vermöchte anderseits, sondern, vom absoluten Standpunkt aus betrachtet, nur die gleiche Substanz des freien Willens, welche sich mit Nothwendigkeit in die Welt einbildet. Damit fällt aber noch nicht der Unterschied von Recht und Pflicht.

Der Wille ist Denken; er ist nur die eine Seite des Denkens überhaupt. Jedem Bedürfnisse des Menschen wohnt eine Idee inne, die nach den Umständen tiefer oder seichter sein kann, so daß man von idealeren und materielleren Bedürfnissen sprechen darf.

Auch wenn nun zwei Willensbestimmungen in demselben Thatbestand sich zusammenschließen, können sie doch durch das in ihnen enthaltene Allgemeine sehr verschieden sein, und hierauf beruht die Möglichkeit jener Unterscheidung.

Daß im Uebrigen die Pflicht immer ein idealerer Trieb sei, in der Ausübung des Rechts immer ein materielleres Bedürfniß sich äußere, dürfte man nur bei einem oberflächlichen Eingehen in diese Frage behaupten.

Uns kann es hier genügen überhaupt die Möglichkeit einer verschiedenen Unterlage für Recht und Pflicht, trotzdem sie beide als Willensbestimmungen aufzufassen sind, angedeutet zu haben. Warum der Staat in einer Beziehung zusieht, ob sich der allgemeine Wille vollbringt oder ausnahmsweise nicht

Digitized by Google

vollbringt, in der andern Beziehung unterstützend und nachhelfend, in der dritten endlich bei dem Widerstreben Einzelner zwingend eintritt, ist eine Erörterung, die wir uns hier ersparen dürfen; und wir erinnern im Interesse einer richtigen Anschauung nur noch daran, wie die große Masse der Pflichten freiwillig erfüllt wird, die große Masse der Berechtigten nicht sich mit dem bloßen Bewußtsein des Dürfens begnügt, sondern ihre Rechte auch auszuüben pflegt.

Noch über einen Punkt wollen wir unsere Meinung andeuten, ehe wir an die specielle Lösung unsrer Aufgabe gehen: Ueber das Verhältniß, welches zwischen dem Recht der nach einander in die überlieferte Geschichte hereintretenden Völker stattfindet.

Es ist dieser Punkt theils von Interesse für die Reception des römischen Rechts, auf welche wir im Folgenden näher eingehen müssen; theils veranlaßt uns dazu die universalgeschichtliche Behandlungsweise des Rechts, wie sie von demselben Philosophen vorgezeichnet wird, von dessen Grundprincipien wir im Vorhergehenden ausgegangen sind.

Wenn wir glauben, uns gegen diese Behandlungsweise des Rechts erklären zu müssen, so verkennen wir keineswegs das Große der Intention, den Geist in allen Völkern als eine Totalität darzustehen. Allein bei dem geringen Stück Geschichte, welches wir übersehen, und bei den ungenügenden Aufschlüssen, welche uns bis jetzt die Wissenschaft über die Arten und Varietäten des Menschen gibt, ist dieß eine Aufgabe, die für jetzt nur eine sehr unvollständige Lösung zuläßt, und deren Ausführung um so ungenügender ist, je mehr sie sich als eine vollständige geben will.

Digitized by Google

Jedenfalls aber ist der Weg, welcher von Hegel selbst, und für das Recht von Gans eingeschlagen ist, nach unsrer Ansicht ein durchaus falscher. Die Mannichfaltigkeit der nach einander erscheinenden Culturwelten kann nicht als ein geschichtlicher Fortgang, als eine Weiterbewegung der Idee gegeben werden; und am allerwenigsten so, wie es von Gans geschieht, daß es ganz gleichgültig erscheint, inwieweit das spätere Volk mit dem frühern in Berührung gekommen ist und so die Resultate seiner Entwickelung in sich aufgenommen haben könnte.

Die Möglichkeit einen derartigen geschichtlichen Fortgang concret zu begründen, ließe sich dann etwa denken, wenn das spätere Auftreten der Völker einer nach der Zeit verschiedenen Entstehung derselben entspräche, und somit dem Aufsteigen zu höhern Ordnungen und höhern Organisationen entsprechen könnte, welches im Großen und Ganzen die bis jetzt bekannte Geschichte der Erde zeigt, oder ahnen läßt.

Abgesehn aber davon, daß eine concrete Darstellung den bei einem solchen Fortgang wiederum bestehenden Parallelismus nicht hintansetzen dürfte, findet gerade in Hinsicht derjenigen Völker, deren Recht uns bekannt ist, und in Betracht kommen kann, eine derartige Aufeinanderfolge der Entstehung nach Allem, was die Wissenschaft herausgestellt hat, nicht statt.

Insbesondere hat die Sprachforschung in Betreff der Völker, für welche jene Seelenwanderung des Weltgeistes von Hegel und Gans hauptsächlich geltend gemacht wird — der Griechen, Italiker, Germanen, und der von ihm mit Mongolen und Semiten in eine unterschiedslose Masse zusammengeworfenen Inder — die Gemeinschaft einer gewissen niedrigen Culturstufe, und somit eine Gemeinsamkeit der Entstehung wahrscheinlich gemacht, so daß das frühere oder spätere Hereintreten dieser Völker in die uns bekannte Geschichte nur als eine

Digitized by Google

raschere oder langsamere Entwickelung, wie sie vernehmlich durch den Wohnsitz bedingt ist, aufgefaßt werden kann.

Eine Fortsetzung der Entwickelung anstatt eines Parallelismus dürfte jedenfalls nur insofern behauptet werden, als das später auftretende Volk, mit dem früheren in Berührung gekommen, Ideen von diesem als eine Erbschaft überkommen hat, und somit wenigstens eines der Momente gegeben erscheint, welche die Aufeinanderfolge der Generationen desselben Volkes zur Geschichte machen.

Inzwischen auch das hier Einschlagende wird nach unserer Ansicht in hohem Grade überschätzt.

Das Denken und Wollen eines Volkes vererbt sich als ein concretes nicht auf das andere, sondern will anerlebt sein. Es geht über entweder als etwas bloß Abstractes, wofür die sinnlichen Vorstellungen fehlen, oder anderseits als ein Wissen von Einzelheiten, für welche kein allgemeiner Gesichtspunkt vorhanden ist, und die Thätigkeit der Einzelnen, welche den Ideen früherer Völker eine besondere Aufmerksamkeit widmen, hat auf die selbstständige Entwickelung der Masse des Volkes keinen so wesentlichen Einfluß.

Was in dieser Hinsicht mehr als alles Andere bedeutet, das ist die Erbschaft der eigentlichen Erfindungen und Entdeckungen; weil sie, ohne daß die Masse des Volkes deshalb ein Verständniß für sie haben müßte, doch den Boden umgestalten, auf dem der Geist der Masse sich bewegt. Bei ihrer Einwirkung auf die national-ökonomischen Verhältnisse können sie eine beträchtliche Rückwirkung auf das Recht haben; und hieher gehört es insbesondere, wenn in Bezug auf das Handelsrecht der Parallelismus unterbrochen ist, und das moderne Handelsrecht gewissermaßen als die Fortsetzung des alterthümlichen angesehen werden kann.

Digitized by Google

Sofern sie aber in vorzugsweise so genannten Ideen bestehen, haben solche geistige Erbschaften, welche dem später auftretenden Volk von dem früheren zufallen, für die Entwickelung der Masse des Volkes nur eine untergeordnete Bedeutung.

Um diese Behauptung anschaulich zu machen, läge als Beispiel die Reception des römischen Rechts nahe. Indeß dürfen wir den nähern Erklärungen, welche dieser Punkt bedarf nicht vorgreifen. Es soll deshalb hierüber nur dieß bemerkt werden: Insofern es sich um die Angemessenheit des römischen Rechts für Deutschland handelt, legen wir nur einen geringen Accent auf die nationale Verschiedenheit, einen weit stärkeren darauf, daß die Zeit, in welcher das corpus juris recipirt wurde, dem Stadium der römischen Geschichte, welchem es entnommen ist, noch durchaus nicht correspondirend war. Wenn nun behauptet werden muß, daß es heutzutage dem deutschen Volke gemäßer ist, so verstehen wir dieß nicht so, als ob die Rechtsideen des corpus juris aus ihm in das Denken und Wollen des deutschen Volkes übergegangen sein, sondern vielmehr dahin, daß das deutsche Volk nunmehr vermöge eigner Entwickelung mit seinen Bedürfnissen in ein entsprechendes Stadium eingetreten ist.

Ein anderes Beispiel liefert die Behauptung, daß die Reception des Christenthums die Sklaverei abgeschafft habe.

Daran ist soviel wahr: In das hochcultivirte Römerreich eindringend, konnte das Christenthum freilich den letzten Impuls geben zu Emancipationen und Milderungen der Sklaverei, welche sich schon lange vorbereitet hatten, und wie sie schon durch frühere Reformen, vornehmlich nichtchristlicher Kaiser bewerkstelligt worden waren.

Den Germanen dagegen als etwas gänzlich Abstractes aufgepfropft, konnte es auch diese Wirkung nicht haben. Vielmehr bestand die Sklaverei, allmählich eine mildere Form an-

Digitized by Google

nehmend, und mit ihren letzten Spuren noch in unsere Zeit hereinreichend, noch eine lange Reihe von Jahrhunderten, und besteht trotz des Christenthums bei den Slaven noch heutzutage *).

Wir glauben in Bezug auf die nacheinander auftretenden Völker festhalten zu müssen: Es findet im Wesentlichen keine Fortsetzung, sondern ein Parallelismus der Rechtsentwickelung statt, und es kann keine eigentliche Universalrechtsgeschichte, sondern nur ein System von Rechtsgeschichten gegeben werden.

Indem jene Art universalgeschichtlicher Behandlung des

---

*) Wenn übrigens als eine unbestreitbare Thatsache geltend gemacht wird, daß immerhin doch die Sklaverei in größerem Maße dem Alterthum, als den modernen, christlichen Staaten angehört, so sieht man hierbei einestheils mehr auf die Form und den Namen, und übersieht, daß die Sklaven in den letzten Stadien der griechischen und römischen Geschichte nicht viel Andres waren, als ein Proletariat. Anderntheils, sofern es sich bei dieser Erscheinung um mehr als den Namen handelt, schließt sich ihre Erklärung vielmehr an die Geschichte der Nationalökonomie, als an die Geschichte des Christenthums an; und vor Allem darf nicht übersehen werden, daß die Griechen und Römer Barbaren sich gegenüber hatten, aus denen sie Sklaven machten, wir dagegen gleichgesittete Völker. Denn nicht die vom Christenthum gepredigte Idee der Verbrüderung der Völker hat bewirkt, daß ein Volk die andern nicht mehr als Barbaren behandelt, sondern umgekehrt das schwindende Barbarenthum, die ebenbürtige Civilisation der nebeneinander bestehenden Völker, hat bewirkt, daß jene Idee mehr, als ein bloßes Wort ist. Wo — wie bei den Negern — nicht eine ebenbürtigere Gesittung und Geistesanlage das concrete Bedürfniß lebendiger macht, den Menschen gelten zu lassen, da sehen wir die christlichsten Völker keinen Anstoß an der Sklaverei nehmen.

Digitized by Google

Rechts die vorhandenen Analogieen unterdrückt, und zu einer nationalen Verschiedenheit stempelt, was nur eine Verschiedenheit der besonderen Entwicklungsstufe ist, wirkt sie der Entstehung eines Gesammtbildes störend entgegen *); und es ist die-

*) So ist es z. B. Hegel und nach ihm Gans eigen, auf einen sog. Dualismus in der römischen Geschichte, insbesondere auf den Kampf zwischen Plebejern und Patriciern als auf etwas specifisch Römisches Gewicht zu legen.

Gans sagt in dieser Beziehung: „Der Kampf, der somit das Wesen der römischen Geschichte ist, kann als der der Nothwendigkeit mit der Freiheit, der abstracten Allgemeinheit und der freien Persönlichkeit, oder auch als der des Unendlichen mit dem Endlichen genannt werden. Die Seite der Naturnothwendigkeit, des Unendlichen, der Allgemeinheit, haben die Patricier, die der Freiheit, der Persönlichkeit, des Endlichen, haben die Plebejer darzustellen.

Es ist also nunmehr eingetreten, daß während im Orient das Besondere in seinen Grund versenkt, in Hellas aber die Einheit des besonderen und Allgemeinen als die Welt der Schönheit war, jetzt in Rom das Endliche dem Unendlichen gegenübertritt, es zum Kampfe herauszufordern."

Wir unserseits können diesen Dualismus nicht anders ansehen, als den Kampf zwischen dem Demos und einer Aristokratie, und den Kampf zwischen verschieden gestellten Schichten der Gesellschaft, wie er bei vielen andern Völkern vorkommt.

Ein anderer Punkt, den Gans ebenfalls in Zusammenhang bringt mit dem Gegensatz des Unendlichen und Endlichen, der das Wesen der römischen Geschichte ausmachen soll, und dessen Versöhnung den Germanen übertragen wird, ist die Stellung des filius familias. Es wird das jus vitae ac necis, das jus vendendi liberos, und die privatrechtliche Unselbstständigkeit des filius familias im Gegensatz zu dem deutschen Recht hervorgehoben.

Gleichwohl steht fest, daß nach altem deutschen Recht der Vater seine Kinder gerade, wie der paterfamilias verkaufen und tödten konnte,

Digitized by Google

ser Tendenz, eine Fortbewegung der Idee durch die Völker," „ein Recht des Weltgeistes" aufzuzeigen, um so mehr entgegen-

---

und anderseits ist ja im späteren römischen Recht die privatrechtliche Unselbstständigkeit — wie ohnehin das jus vitae ac necis, und vendendi liberos — überwunden in dem Peculiensystem.

Die Verschiedenheit, welche allerdings noch stattfindet, ist hier, wie in vielen andern Beziehungen, weit weniger als ein Unterschied der römischen und deutschen Sitte, und der Rechtssubstanz anzusehen, als man sie zurückführen muß auf den zähen Conservatismus der Römer, welcher mit seinen knappen Reformen des positiven Rechts immer einen Schritt hinter der Sitte zurückblieb, und anderseits auf den Mangel der römischen Theorie, an Regeln festzuhalten, welche durch die Menge und das Gewicht der Ausnahmen zu völlig abstracten gemacht werden.

Das ist aber ein Zug der Römer, der mit einem Gegensatz des Unendlichen und Endlichen nichts zu schaffen hat.

Ein drittes Beispiel ist folgender Ausspruch von Gans über die Griechen: „Als eine Welt der jugendlichen Schönheit ist die hellenische Welt aber ebenso eine Welt des Maßes und der Mitte. In dem Maße liegt das Ausgeschlossensein der quantitativen Verbreitung, oder vielmehr das, daß im Maße der unendlich quantitative Progreß, als zu seinem Qualitativen zurückgekehrt ist. Es ist daher die kleine Localität eine nothwendige Grundbedingung des hellenischen Lebens; ebenso die Vielfachheit von Freistaaten, zu deren Bedeutung wesentlich das gehört, keinen äußeren Umfang zu haben."

Offenbar ist es nur das kleine Griechenland, was Gans hier vorschwebt, nicht aber die große griechische Culturwelt, welche fast das ganze Mittelmeer umgürtete — ein Beleg wie mitgebrachte Vorstellungen seine, wie er glaubt, selbstständige dialektische Entwickelung bestimmen.

Was den äußeren Umfang der einzelnen griechischen Staaten anbelangt, so ist es keineswegs der Fall, daß der bei andern Völkern sich zeigende Fortgang von anfänglich kleinen Dimensionen des öffentlichen Lebens zu einer Centralisation in weiterem und weitestem Kreise,

Digitized by Google

zutreten, als das eigentliche und wahre Resultat hegelischer Rechtsphilosophie dabei wieder unterzugehen Gefahr läuft; das nämlich, daß das Recht eine Willenssache ist, und wenn überhaupt von einer Rechtsordnung die Rede sein soll, zu nichts Anderem dienen kann, als zur Befriedigung des Volkes, d. h. aller Einzelnen.

---

bei den Griechen gar nicht zu spüren wäre. Er tritt hervor in den Hegemonieen, in der wenigstens vorübergehend bewerkstelligten Nationaleinheit unter den Macedoniern, und den spätern Städtebünden mit repräsentativer Verfassung.

Wenn eine Centralisation allerdings nicht in der Weise gelungen ist, wie bei den Italikern, und andern Völkern, so möchte der Grund doch wohl ein andrer sein, als daß die griechische Welt eine Welt der jugendlichen Schönheit war.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Kritik der bisherigen Theorieen.

So viel von unsrer Ansicht über die Entstehung des Rechts überhaupt, deren kurze Skizze wir als Grundlage für die weiteren Ausführungen nicht auslassen konnten.

Wenn wir nunmehr auf unsre eigentliche Frage eingehen, so ist aus jener vor Allem der Satz hervorzuheben, daß das Recht *nicht ein bloßer Ideencomplex, sondern ein System realer Triebe* ist.

Denn mit dem Mangel an einer Würdigung desselben hängen diejenigen Theorieen über den Begriff des gemeinen Rechts zusammen, gegen die wir uns zunächst und hauptsächlich zu wenden haben: *die s. g. formalen Theorieen.*

Als solche werden diejenigen bezeichnet, welche für das gemeine Recht das Erforderniß gemeinsamer Rechtsquellen aufstellen. Sie bilden die Hauptmasse der bisherigen Theorieen, so daß ihre Verschiedenheit großentheils nur ein Unterschied der Quelle ist, auf welche sie, oder der Art und Weise, in welcher sie darauf zurückgehen.

Freilich hat nun die Forderung gemeinschaftlicher Quellen auf der einen Seite den Sinn, daß ein Recht gegeben werden

Digitized by Google

soll, welches in Ermangelung von Partikularrecht anwendbar sei. Sie ist also zurückzuführen auf das praktische Bedürfniß, bei der Mangelhaftigkeit des festgestellten partikulären Stoffes eine Aushülfe zu haben.

Soweit dieß der Fall ist, kann allerdings nicht davon die Rede sein, eine falsche Anschauung über die Entstehung des Rechts zu bekämpfen, sondern es ist einfach die Thatsache geltend zu machen, auf welche wir zurückkommen werden, daß ein solches gemeines Recht so gut wie nicht vorhanden ist, und wird daneben zu untersuchen sein, was es mit der angeblichen Mangelhaftigkeit der Particularrechte für eine Bewandtniß habe.

Das Erforderniß gemeinsamer Rechtsquellen wird aber eben so sehr auch deshalb aufgestellt, weil man von der Natur des Rechts irrige Vorstellungen hat; und man würde weniger darauf ausgegangen sein, anstatt sich einer gründlichen Forschung innerhalb des particulären Gebietes zuzuwenden, in weiterem Kreise zu suchen, was gar nicht zu da finden war, wenn nicht eine irrige Grundanschauung und eine zunächst hieraus hervorgegangene Theorie jenem praktischen Bedürfniß entgegengekommen wäre.

Schon in den ersten germanistischen Versuchen seit Beyer und Heineccius ist allerdings auch das Motiv sichtbar, mit dem Nachweis gemeinsamer Quellen einem Anspruch der Praxis gerecht zu werden. Daneben aber und vor diesem Motiv tritt die Meinung auf, daß man keinen würdigen Gegenstand habe für eine eigene und der des Romanisten ebenbürtige Wissenschaft, wenn man das gemeine deutsche Recht nicht auch auf gemeine Rechtsquellen zurückführen könne.

Und ähnlich bei den Neueren.

Zwar wird von ihnen die Frage, ob es gemeinsame Rechtsquellen gebe, vielfach als ganz identisch behandelt mit derjenigen, ob überhaupt ein anwendbares gemeines Recht vorhanden sei.

Digitized by Google

Aber da ein gemeinsames Recht, das auf lauter particulären Quellen beruht, doch auch ein anwendbares Recht ist, so erscheinen die formalen Theorieen nur insofern vollständig motivirt, als man auf ein derartiges gemeines Recht als auf ein bloß factisch gemeinsames, ein bloßes Aggregat von Particularrechten mit Mißachtung herabsieht und es für kein würdiges Object einer eigenen Wissenschaft hält.

Diese Ansicht hängt aber zusammen mit der Unfähigkeit, das Recht als einen Inbegriff lebendiger Triebe, als eine Willenssache zu fassen. Denn weil man seine reale Natur verkennt, kann man es auch nicht behandeln als etwas von den Rechtsquellen Ablösbares, das sein selbstständiges Bestehen hat. Man ignorirt m. a. W. den folgenden Satz: Das Recht ist mit bestimmten Kulturverhältnissen, d. i. mit bestimmten Bedürfnissen unmittelbar gegeben; durch das, was man Rechtsquellen nennt, wird es — wenigstes normaler Weise — nicht erzeugt, sondern nur constatirt; darum, weil seine Anerkennung durch objective Erkenntnißmittel dem Bereich der subjectiven Meinung des Richters entzogen werden muß.

Auch die historische Schule scheint allerdings Gewicht darauf zu legen, daß die Rechtsquellen nur vorhandenes Recht bezeugen. Sie versichert in Bezug auf dies Gewohnheitsrecht, daß die Gewohnheit nur das Zeugniß sei einer Rechtsüberzeugung des Volkes, und daß auch der Gesetzgeber nur dann seinen Beruf erfülle, wenn er das in dieser Rechtsüberzeugung schon vorhandene Recht zur sicheren Erscheinung bringe.

Allein diese Versicherungen wollen wenig bedeuten.

Daß die s. g. Rechtsüberzeugung nicht ein anderer Ausdruck ist für das Bewußtsein lebendiger Bedürfnisse, also für ein Verhalten der Willen, wurde schon auseinandergesetzt. Der sprechendste Beweis dafür liegt darin, daß nach der Behauptung

Digitized by Google

dieſer Schule das Volk in ſpäterer Zeit aufhören ſoll, rechtsproductiv zu ſein.

Indem nun ſo das Recht zu einer Ueberzeugungsſache, zu einem Gegenſtand des rein theoretiſchen Geiſtes gemacht wird, weiſt man auf etwas Weiteres hin, worin es ſeine Bewahrheitung haben muß, und das doch wiederum nicht angegeben werden kann. Die Rechtsüberzeugung wird nicht weiter charakteriſirt, als daß, wenn ein Geſetz erlaſſen worden, oder eine Gewohnheit vorliegt, es eben jene geweſen iſt, die ſich darin ausgeſprochen hat.

So gewinnt denn dieſe Rechtsüberzeugung des Volkes die Bedeutung einer bloßen Fiction, und der Geſichtspunkt, unter dem richtiger Weiſe die Rechtsquellen zu betrachten ſind, geht ganz verloren.

Daß dieſelben bloße Erkenntnißquellen, keine Urſprungsquellen des Rechts ſind, iſt freilich nur unter normalen Vorausſetzungen der Fall. Sie haben die Beſtimmung, Recht, welches ohne ſie vorhanden iſt, zu conſtatiren; aber nicht immer erfüllen ſie dieſe Beſtimmung.

Selten wird dieß — wenn man dieſen Begriff recht faßt — der Gewohnheit vorgeworfen werden können. Denn das Bewußtſein, welches ſich darin ausſpricht, iſt ein völlig concretes, er geht mit dem realen Trieb, um welchen es ſich handelt, Hand in Hand. Hier kann ein anormaler Zuſtand nur inſofern eintreten, als das Bedürfniß, welches ſich auf dieſe Weiſe ausſpricht, ſelber erſt durch Mißverhältniſſe erzeugt iſt; womit wir — vorbehaltlich einer nähern Erklärung — auf die Reception des römiſchen Rechts hindeuten wollen.

Häufiger der Geſetzgebung. Willkür oder Unfähigkeit der geſetzgebenden Gewalt, verfrühte Centraliſation, En-bloc-An-

Digitized by Google

nahme fremder Codices, können bewirken, daß das historische und das positive Recht auseinander fallen.

Auch in diesem Falle ist, wenn nicht subjectiven Meinungen ein Spielraum überlassen werden soll, den sie nicht haben dürfen, regelmäßig das zur Anwendung zu bringen, was die Rechtsquellen für Recht geben. Es tritt hier das analoge Verhältniß ein, wie bei dem Urtheil. Auch dieses soll nur vorhandenes Recht im einzelnen Fall anerkennen, und doch gilt die res judicata unbedingt, und um des Urtheils willen. Und auf diese Weise werden denn die Rechtsquellen, ihrer Bestimmung nach nur Recht constatirend, allerdings wirklich rechtserzeugend.

Allein deshalb den oben aufgestellten Satz bei Seite zu schieben, daß hieße von dem Mißverhältniß als Regel ausgehen.

Vielmehr ist es einerseits schon von Wichtigkeit, daß ein solcher Zustand, in welchem die Rechtsquellen rechtserzeugend geworden sind, als ein anormaler erkannt werde. Anderseits werden sich bis zu einem gewissen Grade die lebendigen Bedürfnisse immer geltend machen, und wenn auch auf Umwegen, sich Bahn brechen; es kann wenigstens ein so flagranter Widerspruch zwischen dem historischen und positiven Recht nie eintreten, daß der Gesichtspunkt, unter welchem die Rechtsquellen als bloße Erkenntnißmittel vorhandenen Rechts erscheinen, zu einem für unsre Frage illusorischen würde.

Was seine nähere Beziehung zu derselben betrifft, so ergibt sich schon aus dem vorher Gesagten, daß wir ihn nicht deshalb hervorgehoben haben, um mit Umgehung der Rechtsquellen, wenn auch nicht ein a priori construirtes Naturrecht, so doch ein unmittelbares Volksrecht — d. h. m. a. W. ein Recht der subjectiven Ansichten über den Volkswillen — aufzustellen.

Digitized by Google

Daß wir ihn in diesem Zusammenhang geltend machen, geschieht vielmehr in folgendem Sinn.

Wenn die Anhänger der formalen Theorieen die Gemeinsamkeit der Rechtsquelle verlangen, so verlangen sie diese einestheils allerdings, weil das gemeine Recht ein Aushülfsrecht sein soll, das in Ermangelung von Particularrecht anzuwenden wäre, und somit nicht zugleich particuläres Recht sein kann. Daneben aber und ebenso sehr ist auch die Meinung herrschend, daß ein auf lauter particulären Quellen beruhendes Recht als ein bloß factisch gemeines, ein bloßes Aggregat von Particularrechten kein würdiges Object einer eigenen Wissenschaft sei.

Forschen wir nun nach dem eigentlichen Grund dieser Meinung, so liegt derselbe, und eben das, was das richtige Moment der formalen Theorieen ausmacht, in der Anforderung, daß es kein zufällig gemeinsames Recht und somit ein Object sei, das der Wissenschaft unter den Händen schwinden kann, sondern ein nothwendig gemeinsames, für dessen stetige und dauernde Gemeinsamkeit eine Bürgschaft gegeben sei.

Mit dieser Anforderung ist aber je nach der Bedeutung, welche man der Rechtsquelle beimißt, eine Verschiedenheit der Theorieen gegeben.

Denn diejenigen, welchen sie die eigentliche Erzeugerin des Rechts ist, und welche — sofern die Vorstellung für jeden Begriff ein sinnliches Substrat zu haben pflegt — bei dem Worte „Recht“ immer zuerst an Papier, statt an Menschen denken, sind folgerecht darauf hingewiesen, die Gemeinschaft der Rechtsquelle zu verlangen.

Wir sind der Meinung, daß das Recht unmittelbar mit einem Verhalten der Willen, also mit gewissen Bedürfnissen gegeben sei, in deren Dienst nur — freilich mehr oder minder

Digitized by Google

getreu — die Rechtsquellen stehen, und jene Nothwendigkeit ist uns daher verbürgt, sobald der gleiche Nationalcharakter die gleiche Cultur, d. i. dieselben Bedürfnisse erzeugen muß — eine Thatsache, welche die Geschichte zu erweisen hat.

Das Resultat der formalen Theorieen würde aber sein, daß ein gemeines Recht gar nicht vorhanden wäre. Denn abgesehn von der deutschen Wechselordnung, in welcher wir den ersten naturgemäßen Anfang einer vollständigen, d. h. über die Gleichheit allgemeiner Principien hinausgehenden und formellen Rechtseinheit sehen, ist der Stoff des formell gemeinen Rechts fast gleich Null.

Früher verwies man auf die Volksrechte, die Capitularien, die Rechtsbücher.

Von den Neueren, auch den Anhängern formaler Theorieen, sind sie der Geschichte überwiesen; von einer unmittelbaren Geltung derselben wird abgesehen. Wir haben ihrer deshalb — was weiter unten geschehen wird — nur insofern zu gedenken, als man durch einen mittelbaren Recurs auf sie ein formell gemeines Recht herzustellen versucht. Hier gedenken wir nur dessen, was nach Abzug dieser der Geschichte verfallenen Quellen übrig bleibt.

Es sind die Reichsgesetze, die Bundesgesetze, und s. g. allgemeine Gewohnheiten.

Was die letzteren anbelangt, so wollen wir ununtersucht lassen, wie weit die wenigen Sätze, welche hier in Betracht kommen können (insbesondere die Befreiung von der väterlichen Gewalt durch abgesonderten Haushalt, Klagbarkeit der Verträge vermöge bloßen Consenses, Gültigkeit der Erbverträge) eine concrete, sie zur Anwendung unmittelbar befähigende Gestalt haben. Jedenfalls aber ist Folgendes einzuwenden.

Wenn es Sätze gibt, die allerdings vermöge einer Ge-

Digitized by Google

wohnheit, und allerdings allgemein gelten, so sind dieß darum noch keine Sätze, die vermöge einer allgemeinen Gewohnheit gelten. Allein jene beiden Merkmale ungefähr nachgewiesen zu haben, hält man hier für hinreichend, und ignorirt, daß die Sitte des einzelnen particulären Kreises genügt hat, und gefordert werden müßte, um jene Sätze zur Anwendung zu bringen. Man läßt m. a. W. die formelle und die materielle oder historische Gemeinsamkeit, die man in Bezug auf gesetzliches Recht streng auseinander hält, hier ganz und gar zusammenfallen.

Allerdings ist nun richtig, daß bei dem Gewohnheitsrecht beide Begriffe in einander übergehen. Denn wie die historische Einheit des Rechts mehrerer Gebiete ein Beweis ist, daß sie einer gemeinschaftlichen Gesetzgebung unterworfen sein dürften, so muß auch die historische Einheit, welche in dem ganzen Recht, oder in ganzen Partieen des Rechts mehrerer Orte stattfindet, den Richter berechtigen, diese mehreren Orte als ein einziges Rechtsgebiet in Bezug auf Gewohnheit zu betrachten, so daß er nunmehr einzelne Sätze, für welche eine Gewohnheit an seinem Orte zufällig fehlt, zur Anwendung bringen darf, wenn nur an andern Orten dieses Kreises eine solche vorliegt. Er kann aber nicht einen Satz, in welchem die Gewohnheit mehrerer andern Orte übereinstimmt, schon darum für anwendbar halten, ehe er durch die Uebereinstimmung der Gewohnheit auch seines Ortes in Bezug auf andere, verwandte Sätze die Ueberzeugung gewonnen hat, daß sie als ein zusammengehöriges Ganze angesehen werden dürfen.

Wird daher wegen der Gleichheit vereinzeler Sätze aus ganz verschiedenen Partieen des Rechts Deutschland für ein einziges Rechtsgebiet erklärt, so fällt damit aller Unterschied zwischen factischer und juristischer Gemeinsamkeit.

Digitized by Google

Das Privatrecht ferner, welches die Reichsgesetze enthalten, ist zum großen Theil ebenfalls antiquirt, und schon an und für sich äußerst geringfügig. Und so bleiben denn nur die wenigen bundesgesetzlichen Bestimmungen übrig, die das Privatrecht betreffen.

Die Bedenken mancher Juristen gegen diese letzteren, darauf gegründet, daß ihre — obwohl erzwingbare — Publication von den Landesbehörden ausgeht, übergehen wir. Insofern sie wirklich den Zweifel enthalten, ob die bundesgesetzlichen Bestimmungen nicht deshalb unwürdig seien, in eine Darstellung des gemeinen Rechts aufgenommen zu werden, sind sie eben nur geeignet, die Unzulänglichkeit des Motivs in den formalen Theorieen sichtbar zu machen.

Der Stoff, welcher gemäß diesen Theorien dargestellt werden dürfte, würde hiernach kaum hinreichen, um wenige Seiten zu füllen, geschweige denn ein ganzes Lehrbuch, und das formale Princip erscheint beinahe als aufgestellt nur für die Aufgabe, wie es am Besten umgangen werde.

Ebensowenig, als wir den germanistischen Rechtsstoff auf gemeinsame Quellen zurückführen, können wir im Uebrigen der Ansicht beitreten, daß das römische Recht ein formell gemeines sei.

Um sie zu stützen treffen mehrere Umstände zusammen, die einen viel stärkeren Schein hervorbringen, und ihre Summe muß ersetzen, was jedem einzelnen an vollem Gewicht abgeht. Zunächst führt zu derselben die im Mittelalter gebräuchliche Annahme; daß das deutsche Reich eine Fortsetzung des römischen, die deutschen Kaiser Nachfolger Justinians seien, theils beruhend auf einer Politik der Geistlichkeit und des Kaisers, theils eine Fiction und Selbsttäuschung der Rechtsgelehrten, welche die factische Anwendung des römischen Rechts juristisch zu begründen suchten.

Digitized by Google

Heutzutage wird es keinem Juristen mehr in den Sinn kommen, von dieser Fiction Gebrauch zu machen; jedermann unterscheidet in Hinsicht des römischen Rechts zwischen dem Grund seiner Geltung im römischen Reich und dem seiner Anwendung in Deutschland.

Nichtsdestoweniger hat dieses Recht doch seinem letzten sichtbaren Ausgangspunkt in ein und demselben Gesetzbuch, welches in complexu recipirt ist, und dieser Umstand, so weniger bei einer genaueren Rechenschaft bedeutet, vermag immerhin noch, unbewußt die Unterlage der Ansicht zu bilden, welche wir bekämpfen.

Als Grund für seine Geltung in Deutschland wird einestheils Sanction der Gesetzgebung angeführt, und seine formelle Gemeingültigkeit abgeleitet aus den Reichsgesetzen, insbesondere dem vielbesprochenen Artikel der R. K. G. O., nach welchem die Kammerrichter und Beisitzer verpflichtet werden sollen, nach des Reychs und gemainen Rechten, auch nach redlichen, erbarn und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewonheyten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die für sy bracht werden — zu richten."

Gehen wir näher auf diese Begründung durch die R. K. G. O. ein, so ist zuvörderst klar, daß das römische Recht nicht deshalb zu einem formell gemeinen wird, weil es ein Reichsgesetz ist, das den Richter darauf hinweist. Denn sonst müßten ja auch die Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten, auf welche außerdem hingewiesen wird, damit zu einem solchen Recht geworden sein.

Der Grund könnte also nur liegen in dem Ausdruck „nach gemainen Rechten", der auf das römische Recht bezogen wird.

Daß dasselbe wenigstens mit inbegriffen ist, leidet keinen Zweifel, wie man auch die Worte „nach des Reychs und gemainen Rechten" näher deuten mag, ob man insbesondere darin

Digitized by Google

nur eine Tautologie erblickt, oder unter des Reichs Rechten die Reichsgesetze versteht. Daß der Ausdruck „gemeines Recht" in der stricten Bedeutung eines formell gemeinen Rechts genommen wurde, bezweifeln wir. Die Art, wie vor dieser Zeit von kaiserlichem Rechte die Rede ist, spricht nicht dafür. Indeß mag es immerhin mittelbar diese Bedeutung gewinnen. Weil nämlich, insofern überhaupt die Gültigkeit des römischen Rechts ausgesprochen wurde, dabei die Ansicht zu Grunde lag, daß sie auf dem gesetzgeberischen Acte des römischen Kaisers beruhe. Dafür, daß dieser Gesichtspunkt gerade auch bei diesem Gesetz obwaltete, spricht der Reichsschluß wider die Gotteslästerer aus demselben Jahr, in welchem Maximilian den Kaiser Justinian als seinen Vorfahren am Reich anführt.

Inzwischen fragt es sich doch vor allen Dingen, ob das Reichsgesetz über das geltende Privatrecht, direct oder indirect, etwas entscheiden wollte. Und dieß ist zu verneinen.

Daß damit keinenfalls eine wesentliche Umgestaltung des Rechts beabsichtigt wurde, bedarf keines weitern Nachweises; man pflegt es auch nur als eine gesetzliche Anerkennung anzuführen.

Allein auch die gesetzliche Anerkennung eines bestehenden Zustandes muß doch, wenn man juristische Folgen daraus ableiten will, als eine eventuelle Disposition erscheinen. Es genügt nicht, daß eine Ansicht des Gesetzgebers sichtbar ist, sondern es muß eine Willensäußerung desselben vorliegen; und wenn nicht die ausdrückliche Fassung einer Disposition da ist, so gehört hierzu wenigstens dieß, daß der anerkannte Zustand dem Gesetzgeber als ein zweifelhafter bewußt war.

Dieß ist hier nicht der Fall.

Zunächst liegt keine ausdrückliche allgemeine Disposition vor, daß das römische Recht als formell gemeines gelten soll. Das Gesetz hat die Gestalt einer bloßen Proceßordnung

Digitized by Google

für das Reichskammergericht, welche die Gerichte der einzelnen Territorien nicht anging, und es ist nur eine Disposition da über den Eid der Kammerrichter.

Wenn nun in den Worten „nach des Reychs und gemainen Rechten", wie nicht bezweifelt werden darf, das römische Recht inbegriffen ist, so setzt diese Disposition allerdings die Ansicht der Reichsgesetzgebung voraus, daß das römische Recht ein formell gemeines, oder doch ein allgemein geltendes sei; keineswegs aber ist der Wille ausgesprochen, über diesen Punkt etwas zu entscheiden. Dazu würde mindestens das Bewußtsein gehören, daß dieser Punkt ein streitiger sei. Dieses ist aber um so weniger in der Disposition zu finden, als nicht einmal von dem römischen Recht als einem gemeinen die Rede ist, sondern schlechthin von dem gemeinen Rechten, unter denen nur nach der richtigen Ansicht das römische Recht verstanden, oder mit verstanden werden muß.

Es ist daher in dem Artikel der R. K. G. O, nichts zu sehen als ein Zeugniß einerseits — dessen Kraft sehr geschwächt wird, insofern dabei die Ansicht von einer Fortsetzung des römischen Reichs mit zu Grunde lag — ein Moment zur thatsächlichen Forderung des römischen Rechts anderseits.

Der Gleiche ist zu sagen von den übrigen Reichsgesetzen, welche hieher gezogen werden, und das ganze Gewicht der Frage fällt daher auf den sonstigen Grund seiner Geltung.

Als solcher wird allgemein eine Gewohnheit angegeben.

Versteht man nun unter dieser Gewohnheit die Handlungen der Rechtsgelehrten, welche es nach Verdrängung der Schöffen in den Gerichten anwandten, so würde hier allerdings eher eine gemeinsame Rechtsquelle anzuerkennen sein. Denn allerdings stand die Rechtsgelehrsamkeit, welche es zuerst als eine Theorie nach Deutschland brachte, und später praktisch verwerthete — wenn sie auch nicht gleichmäßig und

Digitized by Google

völlig gleichzeitig in den verschiedenen Theilen Deutschlands auftrat — doch in einem durchgängigen Zusammenhang. Allein wir sehen in der opinio doctorum, ob sie auf dem theoretischen Gebiet bleibt, oder den Richterstuhl besteigt, immer nur eine opinio doctorum. Die Meinung der Rechtsgelehrten können wir aber weder hier, noch sonst als eine Rechtsquelle anerkennen, und wir müßten deshalb das römische Recht — wenigstens als ein Gewohnheitsrecht — verwerfen, wenn seine Geltung nicht auf eine wirkliche Gewohnheit des Volkes zurückgeführt werden könnte.

In welchem Sinn wir dieß annehmen, werden wir späterhin ausführen, und es wird sich dabei zeigen, wie diese Gewohnheit das römische Recht nicht zu einem formell gemeinen machen konnte.

Nach der bisherigen Ausführung ist der Stoff, welcher auf gemeinsame Rechtsquellen zurückgeführt werden kann, fast gleich Null.

Wie kommt es nun, daß trotz des formalen Princips, welches an der Spitze vieler Systeme steht, doch ein recht reichhaltiger Stoff gegeben wird, an Umfang dem nicht nachstehend, der nach richtigern Grundsätzen als gemeines Recht dargestellt werden dürfte?

Es wird möglich theils dadurch, daß man an dem Gewohnheitsrecht eine laxe Kritik übt, theils weil man — nachdem die gemeinsamen Rechtsquellen in Parade aufgeführt worden sind — frischweg particuläres Recht unter dem oder jenem Zweckmäßigkeitstitel, oder auch ohne weitere Motivirung hereinbringt. Außerdem durch manche andere Auskunftsmittel, die, wie jene Theorien selbst, in falschen Ansichten über die Natur und Entstehung des Rechts ihren Grund haben.

Digitized by Google

Hieher gehören vor Allem: die Aufstellung eines Juristenrechts, und der mittelbare Recurs auf das Mittelalter — zwei Punkte, die wir noch einer kurzen Besprechung unterziehen wollen.

Der Begriff des Juristenrechts hat zwar schon vielfachen Widerspruch gefunden, und in der Gestalt, in welcher ihn neuerdings Maurenbrecher gegeben hatte, ist er allerdings beseitigt. Nichts destoweniger erscheint eine kurze Erörterung dieses Punktes nicht überflüssig, einerseits insofern man das Juristenrecht geflüchtet hat in das Gewohnheitsrecht, anderseits insofern man wenigstens ein „Recht der Wissenschaft" anerkennt, unterschieden von dem eigentlichen Juristenrecht.

Die Thätigkeit der Juristen, welche dieses Recht der Wissenschaft zur Evidenz bringt, ist, wie es die Einen ausdrücken, allerdings nur eine aus dem Gegebenen ergänzende, vermittelst dessen, was unzusammenhängend gegeben ist, das System construirende. „Sie schweift nur in das Gebiet der Rechtsproduction hinüber, ohne dabei aufzuhören in der letzten Instanz der Erklärung zu sein." Ihre Mittel sind die juristische Consequenz und die Analogie. Andere dagegen bezeichnen die Wissenschaft in dieser Beziehung geradezu als eine Rechtsquelle.

Es ist darüber Folgendes zu sagen.

In einem jeden Recht gibt es gewisse allgemeinste Sätze. Ein jeder solcher Rechtssatz verzweigt sich, wiederkehrend, in eine Anzahl, wenn man will, kleinere Rechtssätze, Normen, die sich auf eine geringere Menge von Fällen beziehen, als jener, der die Gesammtheit dieser Fälle begreift; mit andern Worten in eine Anzahl concretere Sätze. Diese spalten sich

Digitized by Google

wieder in eine Anzahl noch concretere in Verhältniß zu denen sie als allgemeine dastehen; und diese Verzweigung setzt sich fort bis hin zu den Thatsachen, welche durch das richterliche Urtheil als nothwendig hingestellt werden, und die äußersten Spitzen derselben bilden. Hier erreicht die Rechtswahrheit ihre concreteste Gestalt; sie wird zum bloßen Rechtsfall, und hört auf, Rechtssatz zu sein. Denn zu dem Begriffe desselben gehört, daß er eine Mehrheit von Fällen umfasse, m. a. W. daß die Rechtswahrheit einer noch concretern Gestalt fähig sei.

Der Rechtsfall steht darum dem Rechtssatz nicht als etwas Ungleichartiges gegenüber; er ist nur in diesem Fortgang der äußerste Endpunkt, und zwischen ihn und den engsten Rechtssätzen kein anderer Unterschied, als zwischen diesen und den abstracteren.

Ein Rechtssystem darf nun nicht dabei stehen bleiben, die Rechtssätze in ihrer Allgemeinheit hinzustellen. Es muß auch die Fülle der Rechtssätze gegeben werden werden, in welche sie sich verzweigen. Allerdings nur bis zu einer gewissen Stufe der Concretion, von wo an die Thätigkeit des Theoretikers aufhört, und diejenige des praktischen Juristen beginnt, welche man als Subsumtion der einzelnen Fälle unter die Rechtsregel zu bezeichnen pflegt.

Die in den Gesetzen, und auch die in den Rechtsbüchern gegebenen Normen sind aber oft nur allgemeiner Art; der Systematiker hat das Detail der darin wurzelnden Sätze erst zu entwickeln. Anderseits ist das unmittelbar durch Gewohnheit gegebene Recht ganz concretes, und ebenso können hinwiederum in den Gesetzen und den Rechtsbüchern mehrere beschränktere Sätze aufgestellt sein, aus denen erst noch ein allgemeines Princip abstrahirt sein will, so daß der Systematiker auch die umgekehrte Arbeit zu verrichten hat.

Digitized by Google

Diese logische Thätigkeit, so weit sie bis dahin verborgene Rechtssätze aus andern Rechtssätzen entwickelt, bezeichnet man als ausdehnende Interpretation, und sie ist es, um derentwillen die Wissenschaft als Rechtsquelle aufgeführt wird.

Als ihre Mittel werden die juristische Consequenz und die Analogie angegeben.

Jene ist die logische Operation, sofern sie, von dem allgemeinen Princip ausgehend, speciellere Sätze daraus ableitet. Diese ist zum Theil dieselbe Operation, bei der nur hinzukommt, daß das allgemeine Princip selbst erst aus anderen speciellen Sätzen hergestellt werden muß.

Dieß ist aber streng genommen nur bei der sogenannten Rechtsanalogie der Fall, und nur sie ist deshalb, soweit es sich um die Herstellung des allgemeinen Princips handelt, zu der ausdehnenden Interpretation zu rechnen.

Man unterscheidet nämlich eine Rechtsanalogie und Gesetzesanalogie, je nachdem für die Entwickelung zunächst des allgemeinen Princips, und dann concretere Sätze eine Mehrheit von andern concreten Sätzen vorliegt, oder aber hierfür nur ein einziger, anscheinend specieller Satz gegeben ist.

Die Anwendung der Rechtsanalogie besteht in dem Weglassen der Merkmale, welche durch eine Vergleichung der mehreren Sätze als unwesentlich erkannt werden. Die hergestellten Normen sind hier in der That aus den gegebenen hergestellt. Es braucht deßhalb auch nicht nachgewiesen zu werden, daß sie dem Gesetzgeber völlig bewußt und gegenwärtig waren. Sie sind nur anzusehen als implicite in seinem Willen enthalten, weil sie das logische Ergebniß dessen sind, was er gegeben hat.

Anders dagegen bei der s. g. Gesetzesanalogie. Aus einer

Digitized by Google

einzigen speciellen Regel kann keine allgemeinere gewonnen werden. Eine solche darf daher nicht bloß implicite in seinem Willen gelegen haben; sie muß vielmehr als ihm bewußt und gegenwärtig nachgewiesen werden. Es kann sich nur darum handeln, daßder Gesetzgeber den rechten Ausdruck verfehlt, und so für den ersten Anschein der Regel eine beschränktere Beziehung gegeben hat.

Dieß ist aus der Motivirung des Gesetzes, und den Umständen, unter denen es gegeben wurde nachzuweisen. Sie werden dabei aber nicht in der Weise benutzt, daß eine aus ihnen resultirende Regel über die Disposition selber gesetzt wurde. Der Nachweis ist vielmehr eine gleichzeitige Betrachtung dieser und jener, und das Moment zur letzten Entscheidung muß in der Disposition selber liegen, so sehr sie für den ersten Anschein eine beschränktere war.

Die s. g. Gesetzesanalogie ist daher der Rechtsanalogie nicht gleichartig. Sie ist keine logische Entwickelung, sondern eine bloß erklärende Interpretation. Sie tritt aber an die äußersten Gränzen der Interpretation heran, und würde, wenn sie dieß überschritte, anderseits etwas noch weiter Gehendes sein, als eine bloße logische Entwickelung. Damit würde indeß der Jurist aber auch eine Befugniß ausüben, die ihm nicht zukommt, ein Fall, der in das Capitel vom s. g. Juristenrecht gehört. Denn es tritt hier nur gelegentlich auf, was dort principiell sich geltend machen will.

Das Gleiche, was von der Gesetzesanalogie, gilt auch in Hinsicht der restrictiven und ändernden Auslegung.

Ist nun die ausdehnende Interpretation eine s. g. Rechtsproduction, die Wissenschaft deshalb eine mit Gesetz und Gewohnheit concurrirende Rechtsquelle?

Nein. Jene logische Thätigkeit ist ein bloßes

Digitized by Google

Aufzeigen des Gegebenen; die aufgezeigten Sätze keineswegs neue Rechtsregeln.

Das Verhältniß des abstracten zu den concreteren Sätzen ist eine Wiederkehr des ersteren in allen diesen, der Art, daß bei jedem um eine Stufe concreteren Satz neue Merkmale hinzutreten.

Geht der Jurist von einer Mehrheit specieller Sätze aus, so ist das abstrahirte Princip nichts Hinzugekommenes, sondern etwas übrig Bleibendes; seine Operation ein Weglassen nicht gemeinsamer Merkmale.

Umgekehrt von dem allgemeinen Princip ausgehend, gibt er freilich immer mehr neue Merkmale hinzu. Allein diese neuen Merkmale sind eben an und für sich juristisch gleichgültig, und nur deshalb von Interesse, weil sich das allgemeine Princip nicht anders als concret verwirklicht, und es deshalb nothwendig ist, nicht bloß überhaupt es zu wissen, sondern vor allen Dingen, es in seiner concreten Umhüllung wieder zu erkennen.

Dieß ist ein Verhältniß, welches in Bezug auf die Thätigkeit des praktischen Juristen nicht verkannt wird. Niemand behauptet, daß er Recht zu produciren habe, wenn er den einzelnen Fall unter die Rechtsregel subsumirt. Es ist jedoch ganz der nämliche Fortgang vom Abstracten zum Concreten, der zum Theil in das Gebiet des Theoretikers, zum Theil in das des Praktikers fällt.

Findet nicht dieses reine Verhältniß statt, daß ein Satz nur mit immer mehr unwesentlichen Merkmalen wiederkehrt, so wird man oftmals zwar auch sagen können, daß sich die Sätze als allgemeine zu besonderen verhalten, allein das logische Operiren hört insoweit auf, und der Irrthum, welcher hier beiläufig und im Kleinen etwas auf logischem Wege gewinnen will, was nur aus dem Leben resultirt, ist im Großen und in

Digitized by Google

seiner Consequenz auftretend, das a priori Construiren der Naturrechtslehrer.

Auch die s. g. Rechtsproduction der Gesetzgebung ist nun freilich im Wesentlichen, und wenn sie ihre Bestimmung erfüllt, kein wirkliches Erzeugen, sondern ein Wiedergeben vorhandenen Rechts. Das eigentlich Producirende ist der Volkswille.

Allein die Function, welche das Recht im Leben findet, wird doch für jene Function der Wissenschaft durchaus vorausgesetzt. Sie kann daher keinenfalls eine der Gewohnheit und dem Gesetz coordinirte Rechtsquelle sein, und gerade darauf, ob sie eine Quelle in diesem Sinne sei, kommt es bei unsrer Frage an. Ob es sonst passend ist, ihr einen solchen Namen zu geben, interessirt uns hier weniger, und läuft am Ende auf einen bloßen Wortstreit aus.

Zu einer Rechtsquelle gehört, daß sie dem Richter einen objectiven, außer seiner Ueberzeugung liegenden Anhalt für das Urtheil darbiete, und dieß ist hier allerdings in ähnlicher Weise, wie bei dem Gesetz der Gewohnheit, nicht der Fall; auch viel weniger erforderlich.

Allerdings kann eine Unsicherheit des Rechts auch die Folge von rein logischen Irrungen sein, und es entsteht in dieser Beziehung die Frage, wie weit die Ausführlichkeit der Gesetzgebung zu gehen habe. Auch kommt es vor, daß die Wissenschaft durch Vermittelung der gesetzgebenden Gewalt eine solche Bestimmung erhielt, d. h. bestimmt wird, dem Richter nicht bloß eine Erleichterung und Abkürzung der eignen Arbeit zu gewähren, sondern feste äußere Grenzen zu ziehen. So bei den Römern durch das jus respondendi und das Citirgesetz Valentinians.

Immer bedürfen aber die logischen Resultate aus gegebenem Recht einer objectiven Constatirung in weit geringerem

Digitized by Google

Maße. Denn es wohnt der Logik ein Zwang inne, wie er für das eigentliche Finden des Rechts, für die empirische Betrachtung des Volkswillens nicht vorhanden ist, und es ist nicht abzusehen, wie ohne die Vermittelung des Gesetzes die opinio doctorum in der Art, wie das Gesetz und die Gewohnheit, hiezu dienen könnte.

Daß die Mehrheit der Rechtsgelehrten entscheiden müsse, ist allgemein verworfen. Es wird vielmehr von dem Richter verlangt, daß er eine selbstständige Prüfung vornehme, und es soll nur für die Meinung der vornehmsten Juristen eine Vermuthung streiten, der er zu folgen habe, so lange er sich nicht vom Gegentheil überzeugt.

Darauf ist zu sagen, daß es doch vorher erst durch seine und zwar juristisch Ueberzeugung vermittelt sein muß, wenn er für eine Autorität zu halten habe, und ferner, daß der Proceß, durch welchen sich seine eigne Ueberzeugung bildet, nur ein continuirlicher, und an keine Präsumtionen gebunden sein kann.

Ob man nun die Ansicht der Rechtsgelehrten, die dem Richter die eigne Arbeit abkürzt und erleichtert, und ihm insofern als er wenigstens mittelbar seine eigne Ueberzeugung darin findet, zur Richtschnur dient — ob man diese eine Rechtsquelle nennen will, oder nicht, das ist, so lange man nicht an ein Stimmenzählen denkt, am Ende eine bloße Wortfrage, und es liegt nicht in unseren Interesse, hier etwas zu entscheiden.

Jedenfalls ist die Wissenschaft keine Quelle, welche auf gleicher Linie stände mit dem Gesetz und der Gewohnheit, und also mit ihnen concurriren könnte. Jene constatiren vielmehr als im Volkswillen vorhanden — oder produciren auch wirklich — die ganze Substanz des Rechtssystems, und überweisen sie erst der Wissenschaft. Sie könnte somit nur zum zweiten Male Rechtsquellle werden für einen Stoff, für welche jene schon Quellen gewesen sind.

Digitized by Google

Sie ist daher keinenfalls eine Quelle, deren Gemeinsamkeit, wenn man ein formell gemeines Recht verlangt, einen Ersatz bieten könnte für den Mangel anderer gemeinsamer Quellen. Denn was sie als solches geben dürfte, müßte sie erst aus den Händen allgemeiner Gewohnheit, oder gemeinsamer Gesetzgebung empfangen haben.

Wenn hiernach die besprochene Thätigkeit der Juristen keine Rechtsproduction in dem Sinn, wie die des Gesetzgebers, ist, so steht ihnen auf der andern Seite eine Wirksamkeit, welche als solche zu bezeichnen sein würde, nicht zu. *Wie es kein eignes Recht der Wissenschaft gibt, so gibt es anderseits auch kein s. g. Juristenrecht.*

Wodurch sollen die Juristen zur Production eines solchen Rechts berufen sein? Als Repräsentanten des Volkes?

Das können sie nicht sein. Sie sind weder vom Volke gewählt, noch stehen sie in irgend einer Proportion zu ihm, wie etwa eine ständische Vertretung; noch sind sie sonst vorzugsweise in einer Lage, um von den Bedürfnissen des Volkes Kenntniß zu haben.

Wenn man aber schlechthin darauf hinweist, daß sie das Recht zu ihrem Lebensberuf gemacht haben, so weiß man eben nicht auseinander zu halten die logische Thätigkeit, welche gegebenes Recht zum System entfaltet, und die Function, welche dieser Thätigkeit den Stoff überweist. Jene kommt ihnen vermöge ihres Berufs zu; dafür, daß sie diese auf die rechte Weise ausüben, ist keine Garantie gegeben. Freilich schließt das künftige Recht an das gegenwärtige positive Recht, und wenn dieses das wirkliche historische Recht der Gegenwart ist, auch unmittelbar an. Wer daher dieses mit unverdorbenem Auge betrachtet, und

Digitized by Google

ſtatt einen Complex abſoluter Rechtsideen und Formeln ein Syſtem von mehr oder minder relativen Bedürfniſſen darin erblickt, und dabei das gegenwärtige Syſtem mit der voraufgegangenen Rechtsentwickelung zuſammenhält, der ſollte auch wohl eher, als andere, eine Vorahnung der bevorſtehenden Rechtsentwickelung haben können.

Dieß ſtände allerdings zu erwarten, und daß anderſeits eine ſolche Betrachtungsweiſe ſehr wünſchenswerth iſt, wurde ſchon ausgeſprochen. Es würde damit manche weit ausgeſponnene Controverſe eine frühere Erledigung finden, manche petitio principii und logiſche Scheindeduction wegfallen. Die Erfahrung zeigt indeß, daß ſie bei Weitem nicht in dem wünſchbaren Maße ſtatt findet, daß die Rechtsgelehrten nur zu oft — mehr oder minder bewußt auch jetzt noch — von der Vorſtellung eines abſoluten Rechts ausgehen, und als eine Wahrheit behandeln, die auf logiſchem Wege zu gewinnen wär, was als ein relatives Bedürfniß der Zeit nur unmittelbar aus dem Leben reſultiren kann.

Ferner, wenn die rechte Betrachtung des gegenwärtigen Rechts eine Vorahnung der bevorſtehenden Rechtsentwickelung erzeugen kann, ſo iſt dieß doch keineswegs eine ſo ſichere Function, wie die logiſche Entwickelung gegebenen Rechts. Das ſubjective Intereſſe, wiſſenſchaftliche Liebhabereien, der Autoritätenglaube haben hier, wo der Zwang der Logik wegfällt, einen ſolchen Spielraum, daß jede Sicherheit aufhört.

Wenn darum den Juriſten die Befugniß zur Rechtsproduction abgeſprochen werden muß, ſo liegt darin kein beſonderes Mißtrauen gegen den Juriſtenſtand, ſondern nur dieß, daß *als eine Repräſentation des Volkes nicht eine kleine Anzahl von Männern angeſehen werden kann, deren Qualification in dieſer Beziehung eine ganz zufällige iſt.*

Digitized by Google

Daran kann es aber auch nichts ändern, daß man das Juristenrecht, insofern es durch die Gerichtspraxis herausgestellt wird, als eine Art des Gewohnheitsrechts aufführt, indem die Handlungen, welche die Gewohnheit ausmachen, ebensowohl gerichtliche, als außergerichtliche sein könnten.

Die Art und Weise, wie es gefunden wird, bleibt dieselbe; und wenn es das Eigenthümliche der Sitte ist, daß sie in Handlungen sich äußert, so wird darum nicht umgekehrt Alles zur Sitte, was auf diese Weise zu Tage kömmt. Zwischen Handlungen jener Art, und den Handlungen, in welchen das wirkliche Gewohnheitsrecht sich ausspricht, ist ein großer Unterschied. Der Charakter der letztren, der sie zu zuverlässigen Erkenntnißmitteln des Rechts macht, besteht darin, daß sie von Personen ausgehen, die selber — verlangend, oder zugestehend — durch das dem Rechtssatz zu Grunde liegende Bedürfniß berührt werden, und daß sie deshalb mit einem ganz unmittelbaren Rechtsbewußtsein ausgeübt werden.

Diese Eigenschaft geht aber den gerichtlichen Handlungen ab. Die Juristen, indem sie dieselben vollziehen, stehen außer dem Leben selbst, und sind doch auch auf der andern Seite durch nichts berufen, es von oben herab zu übersehen, wie eine gesetzgebende Gewalt.

Man führt vor Allem die Geltung des römischen Rechts auf eine Gewohnheit zurück, die in den Handlungen der Juristen bestehen soll, und gerade hier tritt das, was gegen den Beruf der Juristen zur Rechtsproduction einzuwenden war, in erhöhtem Maße ein.

Was man auch über den Werth desselben für unsre Zeit denken mag, so viel darf auch von den eifrigsten Romanisten

Digitized by Google

nicht geleugnet werden, daß es damals den deutschen Verhältnissen noch nicht entsprach. Die damalige Culturstufe des deutschen Volkes vor derjenigen des römischen, welcher das corpus juris entnommen ist, noch nicht analog, und gerade diejenigen, welche es für eine heutzutage passendes Recht halten, sollten — wenn sie ein Verständniß haben für das historische Princip, welches sie im Munde führen — damit zugeben, daß es vor vierhundert Jahren ein unpassendes Recht war.

Seine Reception wird vorbereitet — abgesehen von andern begünstigenden Momenten — indem es zunächst in Bologna und Paris von deutschen Juristen gehört, dann auf deutschen Universitäten weiter gelehrt und gehört wird. Der Charakter, der ihm für diese Zeit zugesprochen wird, ist nur der Charakter einer um ihrer wissenschaftlichen Vollendung Willen angesehenen Theorie.

Ende des 15. Jahrhunderts werden die Schöffen verdrängt, die doctores kommen in die Gerichte, und bringen das, was sie von den Schülern der Bologneser Professoren gehört haben, zur Anwendung.

Damit soll es nun seinen Charakter verändert haben, und zum geltenden Recht, zu Gewohnheitsrecht geworden sein.

Ist das nicht eine Auffassung dieses Begriffes, die ganz und gar beim Aeußerlichen stehen bleibt? Sind etwa die Gründe andere, aus denen die doctores es damals verehrten, als sie noch auf die theoretische Thätigkeit beschränkt waren, und aus denen sie es nunmehr auf den Richterstuhl versetzt, zur Anwendung bringen? Nein. Zu untersuchen, ob es mit den Bedürfnissen ihrer Zeit und ihres Volkes in Einklang sei, daß konnte ihnen nicht in den Sinn kommen. Sie waren sehr entfernt von der Ansicht, daß eine besondere Cultur ihr besonderes Recht haben müsse. Sie meinten vielmehr, daß es um ein absolut gutes und wissenschaftlich ausgebildetes Recht zu thun sei, und standen, so-

Digitized by Google

weit nicht überdieß die Fiction von einer Fortsetzung des römischen Reichs hereinspielte, auf demselben Standpunkt, wie später die Naturrechtslehrer, nur eben naiv, wie diese reflectirt.

Gerade wie es in Bologna gelehrt und gehört worden war, so war das römische Recht auf deutschen Universitäten weiter gelehrt und gehört worden, und die doctores wenden es an aus keinem andern Grund, als weil sie es bei ihren Lehrern gehört hatten, wie diese oder deren Lehrer bei den Professoren zu Bologna, weil sie wie ihre Lehrer und die Lehrer ihrer Lehrer von seiner wissenschaftlichen Durchbildung eingenommen sind, und es wie diese für ein absolut gutes Recht halten.

In einer durch solche Motive bestimmten Gerichtspraxis kann eine Rechtsquelle nicht gefunden werden.

Auch wir halten das römische Recht, soweit es in Deutschland gilt, für Gewohnheitsrecht, aber in anderm Sinn. Der Grund seiner Geltung ist zu suchen in dem Mangel einer ernsthaften Reaction des deutschen Volkes, in der Duldung, die es im Laufe mehrerer Jahrhunderte erfahren hat.

Denn so wenig die Fügsamkeit, welche dem fait accompli gegenüber den unnützen Widerstand aufgibt, schlechthin für eine Zustimmung ausgegeben werden kann, so macht hier doch die Länge der Zeit, welche seit seiner ersten factischen Anwendung verstrich, einen Unterschied. Innerhalb derselben hätten sich die anfänglichen Protestationen und Widerstandsversuche, wenn auch fürerst aufgegeben, wiederholen und wie in ähnlichen Verhältnissen, verstärkt wiederholen müssen.

Statt dessen hörten sie allmählich ganz und gar auf — ein Beweis, daß seine Anwendung als ein wenigstens verhältmäßiger Vortheil gefühlt wurde, daß es in der That einem Bedürfnisse des Volkes entsprach.

Die Handlungen, resp. Unterlassungen des sich

Digitized by Google

zufrieden gebenden Volkes, nicht die gerichtlichen Handlungen der doctores machen daher die Gewohnheit aus, durch welche das römische Recht gilt.

Inzwischen ist die Gewohnheit, welche hier vorliegt, keine Gewohnheit, wie andere, und es bedarf einer nähern Erklärung.

Zunächst darf unsre Behauptung nicht dahin verstanden werden, als ob durch diese Gewohnheit die einzelnen Sätze des corpus juris anerkannt worden wären, als vorhandenen einzelnen Bedürfnissen des Volkes entsprechend, wie dieß normaler Weise der Fall sein sollte.

Was sich darin ausspricht, ist fürerst nur das eine, die andern absorbirende Bedürfniß nach einer Rechtssicherheit, wie sie ein erschöpfendes Rechtsbuch gewährt.

Denn daß es sich um die Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung an und für sich handeln könne, abgesehn von dem Inhalt, leidet keinen Zweifel, und es ist dieß nicht der einzige Fall, wo das Bedürfniß darnach abgelöst und selbstständig heraustritt.

Daß aber die Möglichkeit einer Rechtssicherheit überhaupt, und der Sicherung eines im Einzelnen der Cultur congruenten Rechts so auseinanderfallen konnten, darin lag das große Mißverhältniß, das zwar dem römischen Recht nichts an seiner Geltung benimmt, aber doch ein Unglück war, und durch nationale Legislationen beseitigt werden mußte.

Nur mit dieser Ansicht verträgt sich die allgemeine behauptete Reception in complexu. Anders gedacht ist eine Gewohnheit, die nicht auf den Inhalt einzelner Rechtssätze, sondern auf ein System im Ganzen gerichtet wäre, ein Unding. Denn es ist sonst gerade das Eigenthümliche der Gewohnheit, daß das Recht, nicht bloß in Rechtssätze, sondern in Rechtsfälle vereinzelt darin zu Tage tritt.

Daß eine Reception in complexu stattgefunden habe, ge-

Digitized by Google

ben wir damit zu, und wir glauben nicht, daß in diesem Zugeständniß etwas für den Germanisten Anstößiges liegt. Vielmehr ist darin enthalten, daß alles deutsche Recht, welches irgend mit Sicherheit zu erkennen ist, dem römischen Rechte vorgeht.

Etwas Anstößiges könnte es nur dann haben, wenn man an einen processualischen Beweis des deutschen Rechts denkt, oder anderseits ein formell gemeines deutsches Recht nachgewiesen glaubt, welches durch das in complexu recipirte römische Recht aufgehoben wäre.

Beides ist nach unsrer Ansicht irrig.

Das römische Recht hat überhaupt kein deutsches Recht aufgehoben, sondern es ist nur in Lücken getreten. Diese Lücken aber waren zum Theil schon vorhanden, indem schon anfänglich bei dem Stillschweigen der Gesetzgebung eine Unsicherheit des Rechts obwaltete, theils sind sie erst durch das römische Recht entstanden, insofern seine factische Anwendung das deutsche Recht noch weiter unsicher machte, und die Unsicherheit zu einer völligen Rechtsverwirrung steigerte. Daher wurde mit seiner Anerkennung durch eine Gewohnheit des Volks allerdings eine Hülfe eben da gesucht, von wo das Uebel ausgegangen war, welches sie nöthig machte. Aufgehoben aber würde damit kein deutsches Recht, sondern das corpus juris hat juristisch nur einen Ersatz gegeben für Recht, das es factisch aus dem Bereich objectiver Erkennbarkeit verdrängt hatte.

Wenn ein formell gemeines deutsches Recht nachweisbar wäre, so würde es auch nicht durch das römische Recht aufgehoben sein, mag man dieses nun für ein formell gemeines, oder wie wir thun, für subsidiäres Particularrecht halten. So wenig, wie das particuläre deutsche Recht. Deshalb, weil seine Reception nur auf dem Bedürfniß einer Rechtssicherheit überhaupt

Digitized by Google

beruhte, und darum alles irgendwie sichere Recht juristisch bestehen ließ.

Wenn man daher die Subsidiarität des römischen Rechts im Verhältniß zu dem deutschen Particularrecht voraussetzt, und doch anderseits von einer Collision desselben mit bestimmten deutschen Rechtssätzen spricht, so kann es sich nur um Sätze handeln, von denen man allerdings weiß, daß sie irgendwo in Deutschland gegolten haben, nicht aber, wo sie, oder sie daß gerade hier in Geltung waren.

Die Bedenken also, welche man gegen die Reception des römischen Rechts in complexu insofern geltend macht, als durch sie ein gemeines deutsches Recht aufgehoben wäre, fallen damit weg. Daß aber auf der andern Seite von dem Satz: „Jura novit curia“ zu Ungunsten des deutschen Rechts eine Ausnahme gemacht werden solle, kann man jetzt wohl zu den überwundenen Ansichten rechnen, wenn gleich die Praxis diesem Standpunkt der Theorie noch keineswegs hinreichend entspricht.

Nach der Art und Weise, wie wir die Reception des römischen Rechts auffassen, ergibt sich weiter, daß das Bedürfniß, welches ihr zu Grunde lag, eine sehr lange Zeit nöthig hatte, um zu entschiedner Präponderanz zu kommen, und sich auf das römische Recht zu fixiren; daß eine Gewohnheit, die in Unterlassungen — in dem Mangel einer Reaction — besteht, mehr Decennien bedürfte, um für feststehend zu gelten, als eine andere Jahre, und daß die Zeit des Uebergangs von einer factischen zur rechtmäßigen Anwendung sich kaum annähernd bestimmen läßt; endlich daß der Umfang der Gebiete, in welchen jene Gewohnheit zusammenhängend und gleichzeitig eintrat, sich einer genauern Forschung entzieht.

So viel aber muß behauptet werden, daß diese Gewohnheit keinenfalls eine in allen Theilen Deutschlands gleichzeitige war. Die Mode, das römische Recht zu studieren, nahm unter

Digitized by Google

den Rechtsbeflissenen der verschiedenen Gegenden Deutschlands nicht gleichmäßig überhand. Die Mangelhaftigkeit der bis dahin geltenden Rechtsquellen — die hier in Betracht kommen muß — war eine ungleiche, und ebenso ungleich die Begünstigung, die das römische Recht von oben, der anfängliche Widerstand, den seine factische Anwendung von unten fand.

Wir können deshalb das römische Recht *nicht als ein formell gemeines ansehen, sondern halten es für subsidiäres Particularrecht*; und auch als solches — also sofern es nicht in die neuern Gesetzbücher übergegangen ist — gilt es ja heutzutage nur in einem kleinen Theile Deutschlands.

Eine Untersuchung aber über die ursprünglichen Rechtsgebiete würde, auch wenn sie ein ersprießliches Resultat haben könnte, doch kein praktisches Interesse darbieten, insofern, als die particulären Gesetzgebungen, welche späterhin auf das römische Recht verweisen, dem Richter in dieser Beziehung schon einen Anhalt geben.

Was die heutige Angemessenheit des römischen Rechts betrifft, so wiesen wir darauf hin, daß zur Zeit seiner Reception die Entwickelungsstufe des deutschen Volkes noch nicht analog war derjenigen des römischen Volkes, welcher das corpus juris angehört.

Dieser Grund seiner Unangemessenheit ist heute allerdings weggefallen; jedoch zu einem unsern Verhältnissen völlig congruenten Recht ist es damit nicht geworden. Es bleibt einer aufmerksameren Beobachtung einheimischer Gewohnheiten, und insbesondere der Gesetzgebung noch immer die Aufgabe gestellt, Mißverhältnisse in dieser Beziehung zu beseitigen.

Insbesondere besteht die Anforderung, daß es — resp. seine allgemeineren Sätze — nach den particulären Gebieten, in denen es gilt, *noch individualisirt werde*. Denn eine

Digitized by Google

Gleichheit des Rechts, welche bis ins Einzelne geht, war weder damals angemessen, noch ist sie es heute in Bezug auf alle Theile des Rechts, und gerade der Theil, für welchen eine solche Gleichheit möglich ist, das Handelsrecht, ist nicht aus dem corpus juris zu schöpfen.

Im Uebrigen sehen wir in dem Zwiespalt zwischen Romanisten und Germanisten großentheils weniger Differenzen, welche den Stoff selber, als solche, die seine wissenschaftliche Durchbildung betreffen; also *nicht einen Gegensatz des deutschen und römischen Rechts, sondern vielmehr einen Gegensatz deutscher und römischer Jurisprudenz.*

So sehr nun das römische Rechtssystem die rechtswissenschaftlichen Arbeiten des Mittelalters übertrifft, in denen der Stoff noch bunt durch einander liegt, undurchdrungen von der Abstraction, so ist es doch nichts weniger, als ein System, das logisch schon vollkommen durchgearbeitet wäre.

Vielmehr wird durch die dürftigen Abstractionen der unphilosophischen Römer dem Stoffe vielfach Gewalt angethan, und es ist am allerwenigsten die deutsche Wissenschaft, welche sich bei diesem Mangel zu bescheiden hat.

Wir kommen nach unsern Ausführungen über das Juristenrecht, und denen, welche durch sie veranlaßt würden, zu dem zweiten der oben angegebenen Punkte, zu dem *Recurs auf eine angebliche Rechtseinheit des Mittelalters*, welche ebenfalls zur Herstellung eines formell gemeinen Rechts dienen mußte. Es soll ein gemeines Recht dieser Art geben, weil es zur Zeit von Kaiser und Reich ein solches gegeben habe, und in unsern Particularrechten theilweise eine Fortbildung dieses enthalten sei.

Allein ein formell gemeines Recht war im

Digitized by Google

Mittelalter noch weniger vorhanden, als heutzutage.

Von den Volksrechten, die nur Recht der einzelnen Stämme feststetzen, und den Capitularien, die kein Privatrecht enthalten, ist ohnehin abzusehen. Aber auch die Rechtsbücher können nicht zum Beweis einer formellen Einheit des Rechts im Mittelalter dienen.

Zunächst ist anerkannt, daß sie bloße Privatarbeiten waren.

Sie können also hier nur angeführt werden, insofern sie entweder in der Folge, wie das corpus juris, im Ganzen recipirt, und zwar, wie nach unsrer Auseinandersetzung das corpus juris nicht ist, durch ein Reichsgesetz oder eine allgemeine Gewohnheit recipirt wären, oder aber insofern man sie als Zeugnisse eines schon von vorn herein vorhandenen allgemeinen Gewohnheitsrechtes zu betrachten hätte.

Beides ist nicht der Fall.

In Betreff der hieher zu ziehenden Reichsgesetze, in welchen auf die gemeinen oder kaiserlichen Rechte verwiesen wird, haben wir schon zurückgewiesen, daß das römische Recht damit zu einem formell gemeinen geworden sei; wir müssen aus den gleichen Gründen leugnen, daß der Inhalt der Rechtsbücher dadurch eine solche Bedeutung erhalten habe. Was den Artikel der R. K. G. O. betrifft, so sind wir überdieß zu glauben geneigt, daß bei dem Ausdruck „nach gemeinen Rechten“ lediglich an das römische Recht gedacht wurde.

Was anderseits die gewohnheitliche Reception eines Rechtsbuches in complexu bedeutet, wurde oben auseinandergesetzt. Um eine solche ganz abnorme Erscheinung — sei es als particuläre oder gemeine Gewohnheit — anzunehmen, dazu gehört das ganze Gewicht der Thatsachen, wie sie in Hinsicht des corpus juris in die Augen springen, und solche Thatsachen können für die deutschen Rechtsbücher nicht angeführt werden.

Wir sehen davon ab, daß es doch verschiedene Rechtsbücher

Digitized by Google

waren, die in den verschiedenen Gegenden Deutschlands gebraucht wurden, Rechtsbücher, die, wenn sie auch Ueberarbeitungen derselben Aufzeichnung sind, doch nicht unwesentliche Modificationen enthalten; obgleich es bei einer solchen En-bloc-Reception nicht unwichtig ist, daß es sich um ganz den nämlichen Complex von Rechtssätzen handle.

Nachweislich ist aber zunächst nur ein starker Gebrauch des Sachsenspiegels in gewissen Theilen Deutschlands, insbesondere den Ländern, in welchen er dann auch durch die Gesetzgebung als subsidiär geltendes Ganze anerkannt wurde.

In Betreff der übrigen Gegenden Deutschlands weiß man allerdings, daß hier oder dort das eine oder andere der Rechtsbücher gebraucht wurde; nähere Nachweise über den extensiven Gebrauch derselben fehlen aber und noch weniger ist einigermassen erwiesen, welches der intensive Gebrauch derselben war, wie viel oder wenig von ihrem Inhalt zur Anwendung kam.

Gegenüber solch ungenügendem Nachweise kann aber die ganz abnorme Erscheinung, wie eine Volkssitte und obendrein eine allgemeine Volkssitte ist, welche den factischen Gebrauch eines ganzen Rechtsbuches in eine juristische Geltung umwandelt, nicht angenommen werden.

Es kann sich also nur darum handeln, daß die Rechtsbücher als Zeugnisse eines ohnedieß vorhanden gewesenen allgemeinen Gewohnheitsrechtes anzusehen wären.

Da wir nun zahlreiche Dokumente von abweichendem Localrechte aus jener Zeit haben, so könnte diese Ansicht nur dahin gefaßt werden: Es bestand trotz solcher Abweichungen doch im Ganzen eine derartige materielle Einheit der Rechtsentwickelung, daß der Richter, wenn nicht ein besonderes Recht seines Ortes ersichtlich war, die für mehrere andere Orte oder Gegenden Deutschlands bezeugten Gewohnheiten mit Fug für anwendbar halten durfte.

Digitized by Google

Was berechtigt nun bei der damaligen Zersplitterung Deutschlands in unendlich viele mehr oder minder selbstständige Gebiete zu einer solchen Annahme?

Wiederum nichts, als der verbreitete factische Gebrauch der verschiedenen Rechtsbücher. Wir haben nun schon bemerkt, wie es sich mit dem Nachweis der extensiven und insbesondere der intensiven Anwendung derselben verhalte. Vor allen Dingen aber darf nicht außer Acht gelassen werden, wie geneigt damals der Richter bei dem gänzlichen Stillschweigen der Gesetzgebung sein mußte, nach jeder schriftlichen Aufzeichnung zu greifen, und wie sich hier dieselbe Erscheinung zeigt, die sich später als eine Reception des corpus juris wiederholt. So wenig die allgemeine Anwendung des römischen Rechts als Beweis einer vorher vorhandenen Rechtseinheit geltend gemacht werden kann, so wenig ist der häufige Gebrauch der Rechtsbücher geeignet, einen solchen Beweis zu liefern. Es liegt darin ganz die nämliche Geneigtheit, um den Vortheil fester Bestimmungen auf einen völlig angemessenen Inhalt derselben zu verzichten, und dieselbe Naivetät anderseits, für welche es sich um ein absolut gutes oder irgend ein gutes Recht handelte, und nicht um ein den Verhältnissen, resp. dem Volkswillen immanentes Recht.

Abgesehen davon, daß gemeinsame Rechtsquellen im Mittelalter jedenfalls nicht vorhanden waren, beruht es auch auf einer falschen Grundanschauung, wenn man überhaupt nach einer größern Einheit in dieser Zeit suchen kann.

Es ist eine Wahrnehmung, die in der Geschichte eines jeden Volks gemacht werden kann, daß mit fortschreitender Entwickelung auch ein Fortschritt zu einer Centralisation in weiterem Kreise, zur nationalen Einheit statt findet.

Daß sich der Gesichtskreis über die nächste Umgebung hinaus erweitert, ist ein Ergebniß der Zeit; daß die verschiedenen

Digitized by Google

Bestandtheile einer Nation sich assimiliren, eine Frucht der fortgesetzten Communication. Durch Eroberung und die Politik der Machthaber kann eine äußerliche Verbindung des noch nicht Zusammengehörigen hergestellt werden, und so ein anderer Anschein entstehen; sie können auch mehr oder weniger jenem Prozeß vorgreifen und seinen naturgemäßen Gang stören. Regelmäßig aber wird eine größere Centralisation, der Art, daß sie die eigentliche Substanz der socialen Ordnung betrifft, der spätern Zeit angehören.

So überhaupt, und so insbesondere im Recht, das im Laufe der Zeit nicht auseinander geht, sondern reifer wird für gemeinsame Rechtsquellen.

Wie ausgeführt wurde, sollen die Rechtsquellen nicht Recht erzeugen, sondern nur das im Leben, in dem Volkswillen vorhandene Recht constatiren. Die Gemeinsamkeit der Rechtsquelle setzt daher die Gleichheit des schon ohne die Rechtsquelle vorhandenen Rechts voraus. Diese ist allerdings bei derselben Nation in gewissem Maße schon von vorn herein vorhanden. Allein zunächst ist es noch keine Gleichheit im Einzelnen, sondern es sind nur dieselben Kategorieen von Bedürfnissen da. Ferner zeigt die Geschichte, daß die Entwickelung der verschiednen particularen Kreise nicht völlig gleichen Schritt hält, daß also auch jene im Allgemeinen bestehende Gleichheit nicht immer eine gleichzeitige ist.

Daß sie nun zu einer Congruenz auch im Einzelnen wird, daß ferner die Entwickelungen der einzelnen Kreise beschleunigend und zurückhaltend auf einander einwirken, geschieht mit der Zeit, durch die fortgesetzte und auch erhöhte Communication; wobei die leicht erklärliche Wahrnehmung zu machen ist, daß einzelne Partieen des Rechts, vor Allem das Handelsrecht, früher für eine gemeinsame Quelle reif werden, als andere.

Digitized by Google

Dieß gilt auch für Deutschland, und man darf sich darin nicht irren lassen durch den lockern und so oft zerrissenen Reichsverband, der auf die sociale Substanz des Staates ohne irgend wesentlichen Einfluß blieb, und wenn man von Aeußerlichkeiten absieht, einem Einheits- oder Bundesstaat um nichts näher stand, als der heutige deutsche Bund.

Ebensowenig, wie schon angedeutet wurde, durch die Rechtsbücher. Ihr häufiger Gebrauch fällt unter denselben Gesichtspunkt, wie die Reception des corpus juris; und gerade das, was auf eine größere — wenigstens materielle — Rechtseinheit im Mittelalter hinzuweisen beruht vielmehr auf einem Mißstand — der Unsicherheit des Rechts — und auf den ungebildeten Vorstellungen, welche die Rechtsbeflissenen von der Natur des Rechts hatten.

In der That steht das deutsche Volk einer Rechtseinheit jetzt viel näher, als im Mittelalter.

Für den größten Theil des Rechts ist freilich eine allgemeine Quelle noch nicht vorhanden, oder eine solche Centralisation nur wünschenswerth.

Allein wie sich in Bezug auf den Stoff eine Einheit allmählich vorbereitet, so findet auch ein Uebergang statt in Bezug auf den Umfang der Rechtsgebiete.

In dieser Hinsicht ist aber ohne Zweifel ein großer Unterschied zwischen jetzt und damals, wo jede Stadt und jede kleine Herrschaft ein eigenes Rechtsgebiet ausmachte. Die für die damalige Zeit geltende Regel: „Stadtrecht bricht Landrecht“ ist nunmehr zu der umgekehrten geworden: Landrecht bricht Stadtrecht.

Anderseits sind einzelne Partieen des Rechts, insbesondere das Handelsrecht, schon jetzt für eine gemeinsame Quelle reif, und ein Theil davon hat eine solche in der That gefunden.

In der deutschen Wechselordnung ist die erste

Digitized by Google

naturgemäße Centralisation im Recht zu sehen, während den ganz vereinzelten Produkten früherer Centralisation nur die Bedeutung zufälliger und vorübergehender Erscheinungen zukommt.

Wenn wir demnach die Vorstellungen von einer größern Einheit in der Zeit von Kaiser und Reich für Phantasieen halten, so verkennen wir doch nicht das befriedigende Moment, welches der besprochenen Theorie innewohnt.

Wie wir noch ausführen werden, ist eine Gleichheit des deutschen Rechts in seinen allgemeineren Sätzen vorhanden. Wenn nun die Wissenschaft des gemeinen deutschen Rechts das Gemeinsame, welches die Particularrechte enthalten, zu ihrem eigenthümlichen Gegenstand machen soll, so hat man sich umzusehen nach einer Bürgschaft, daß diese Gleichheit keine zufällige, der Gegenstand ein dauerhafter sei. Diese Bürgschaft liegt in der Nationalität; den Beweis liefert die Geschichte.

Obgleich nun in jener Theorie auf den frühern Rechtszustand in einer falschen Weise zurückgegangen wird, so enthält doch dieses Zurückgehen in die Geschichte an sich schon ein Gefühl der richtigen Doctrin, und sie ist, wenngleich selber noch eine formale Theorie, doch schon ein Anlauf, das formale Princip zu überwinden.

Wenn für das gemeine Recht nach dem bisher Ausgeführten eine gemeinsame Quelle nicht gefordert werden kann, so könnte auf der andern Seite die bloße Gemeinsamkeit der Rechtsquelle auch nicht genügen, um einen Satz in die Darstellung des gemeinen deutschen Privatrechts aufzunehmen. Sie könnte höchstens die Bedingung sein, ohne welche das gemeinsame Recht als ein bloß zufällig gemein-

Digitized by Google

sames nicht zum Gegenstand einer eignen Wissenschaft werden dürfte, nicht aber das volle Motiv einer solchen Darstellung.

Wir sagen: Sie könnte nicht genügen, denn es leuchtet ein, daß dieser Frage durch die bisherigen Erörterungen schon vorgegriffen ist. Wie es überhaupt so gut wie kein formell gemeines Recht gibt (abgesehn von der deutschen Wechselordnung) so ist auch kein Recht mit beschränkterer Geltung vorhanden, welches auf einer gemeinsamen Quelle beruhte.

Hält man hieran fest, so kann das gemeine Recht gar nicht anders gedacht werden, denn als ein allgemein geltendes, und wir haben schon angedeutet, und werden darauf zurückkommen, wie weit in Bezug auf den Stoff diese gemeinsame Geltung geht.

Die Frage kann also nur hypothetisch erörtert werden. Wir erörtern sie aber, weil es von Interesse ist, das formale Princip auch von dieser Seite zu beleuchten, und wir haben zu diesem Zweck auf den Begriff der Subsidiarität näher einzugehen.

Daß es überhaupt subsidiäres Recht gibt, ist zunächst immer ein anormaler oder unfertiger Zustand.

Ohne daß dabei nothwendig eine Mehrheit von Rechtsgebieten in Frage käme, kann solches vorhanden sein, weil der Gesetzgeber über das den Verhältnissen gemäße Recht nur ungefähr unterrichtet war, und deßhalb seinen Dispositionen nur für den Nothfall, daß anderes Recht nicht sicher wäre, Kraft verschaffen wollte; oder weil — dem entsprechend — ein Recht durch Gewohnheit die von seinem Inhalt mehr oder weniger absah, um der bloßen Rechtssicherheit Willen recipirt wurde. Wie wir sahen, ist hieher die Reception des römischen Recht zu rechnen.

Anderseits können mehrere Rechtsgebiete in Frage sein.

Das Organ eines umfassenden Kreises, das als naturge-

Digitized by Google

mäßes Organ der Rechtsproduction sich noch gar nicht fühlt, oder Anerkennung genießt, tritt doch ausnahmsweise als solches, aber eben deshalb nur zaghaft auf. So die Reichsgesetzgebung mit den wenigen privatrechtlichen Bestimmungen. Oder es ist auch der Fall, daß ein weiterer Kreis die Rechtsproduction schon in größerem Maße an sich zu ziehen beginnt, ohne doch bereits das durchweg naturgemäße Rechtsgebiet zu sein, und daß schon ein Kampf zwischen ihm und den engeren Kreisen sich entwickelt. Hieher gehört die für das Mittelalter geltende Regel: Stadtrecht bricht Landrecht; und sie bedeutet, daß damals noch die engsten Gebiete die eigentlichen Sitze der Rechtsproduction waren, daß aber eine Centralisation in größerem Kreise sich vorbereitete.

Heute ist sie, wie wir schon aussprachen, zu der umgekehrten geworden, insofern der Schwerpunkt der Rechtsproduction jetzt in die weiteren Kreise fällt *).

---

*) Gleichwohl findet sich die Regel: „Stadtrecht bricht Landrecht" noch in den meisten Lehrbüchern.

Ob sie auch in dem Sinne zu der umgekehrten geworden sei, daß geltendes Localrecht zu dem Landrecht in dem Verhältnisse eines subsidiären Rechts stehe, darüber ließe sich noch ein unnützer Streit führen.

Zunächst ist der größte Theil des Localrechts durch das Landrecht beseitigt.

Während man nun aufstellt, daß das gemeine Recht durch widersprechendes Localrecht nicht aufgehoben, sondern „nur ausgeschlossen" werde, macht man hier geltend, daß umgekehrt Localrecht durch gemeines Recht wirklich aufgehoben werden könne, wenn diesem eine solche Bestimmung ertheilt werde.

Wir haben gegen den letzteren Theil dieser Unterscheidung insofern nichts einzuwenden, als wir im Gegentheil der Meinung sind, daß auch das — angebliche oder oder wirkliche — gemeine Recht durch widersprechendes Particularrecht aufgehoben, oder am Entstehen ver-

Digitized by Google

Aus allen diesen Fällen ergibt sich, daß die Subsidiarität etwas Anormales ist, oder doch einen noch nicht fertigen Zustand anzeigt.

Denn das Recht sollte nicht gelten wegen der bloßen Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung, und es soll nicht auf Vorrath gemacht werden, weil es überhaupt nicht gemacht werden soll. Welches Gebiet ver-

---

hindert worden ist. Immerhin aber ist diese Distinction doch eine willkürliche; und auch abgesehen hiervon gibt es erstlich Localrecht, welches nicht praktisch ist, ohne doch ausdrücklich durch die Landesgesetzgebung beseitigt zu sein. Wenn es nun überhaupt einen Sinn haben soll, daß particuläres Recht durch gemeines nur dann aufgehoben werde, wenn diesem eine solche Bestimmung gegeben sei, so muß doch der Mangel einer ausdrücklichen Aufhebung jenes Localrecht als subsidiär geltendes bestehen lassen.

Ebenso gibt es praktisches Localrecht, z. B. über die bäuerlichen Gutsverhältnisse, durch welches Lücken des Landrechts ausgefüllt werden, und zwar Lücken, welche die Landesgesetzgebung selber ausfüllen könnte.

Auf der andern Seite enthalten freilich die Landrechte gewisse Dispositionen, z. B. über die ehelichen Güterverhältnisse, die dem Localrecht nachstehen sollen. Bedenkt man aber, daß die Landrechte selber diese Dispositionen nur als eventuelle geben, daß sie selber auf die Statutarrechte verweisen, sie also gewissermaßen adoptiren, und daß endlich die Statuten durch die Landesgesetzgebung beseitigt werden könnten, so schrumpft doch die hierauf gegründete Regel: „Stadtrecht bricht Landrecht“ zu einem völlig nichtssagenden Satz zusammen. Inzwischen halten wir es für einen unnützen Streit, ob in diesem Sinn der eine oder der andere Satz gelte, indem damit keinenfalls eine Untersuchung im einzelnen Fall erspart werden kann.

Soll aber nur bezeichnet werden, in welchem Kreise heutzutage der Schwerpunkt der Rechtsproduction liege, so muß ohne Zweifel der Satz aufgestellt werden: Landrecht bricht Stadtrecht.

Digitized by Google

ner für gewisse Rechtsverhältnisse das angemessene Rechtsgebiet sei, müßte, wenn auch die Entwickelung eine continuirliche ist, doch entschieden werden, und es würde zu entscheiden sein, wenn persönliche Politik nicht diese Entscheidung durchkreuzte.

Weiter ist von der Subsidiarität zu sagen, daß das subsidiäre Recht theils, sofern es in eine Lücke eingedrungen ist, schlechthin geltendes, außerdem gar nicht geltendes Recht ist. Im letzteren Fall kann es freilich eventuell, wenn das widersprechende Recht wegfällt, zur Geltung kommen, ohne daß erst die positive Function einer Rechtsquelle nöthig wird. Allein dieser Umstand ist erstlich praktisch bedeutungslos, weil das Wegfallen des widersprechenden Rechts regelmäßig mit irgend einer positiven Function der aufhebenden Rechtsquelle verbunden sein wird, und dann macht es diese Exspectanz auf Geltung doch keinenfalls zum jetzt geltenden Recht. Sie bedeutet nur, daß von den für seine Geltung nothwendigen Voraussetzungen ein Theil erfüllt ist, und man hält die erfüllte Voraussetzung bloß deshalb für die wichtigere, weil man davon auszugehen pflegt, daß die Rechtsquellen Recht zu erzeugen hätten, während sie solches nur constatiren sollen.

Es kann nun einen Standpunkt geben, auf welchem man Recht von beiderlei Art — solches, das in Lücken eingedrungen ist, und darum wirklich gilt, und solches, das nur eine Exspectanz auf Geltung hat — als Ganzes zusammenfaßt. Wenn man dann den ganzen Complex von Rechtssätzen ohne Unterschied als subsidiäres, aber doch geltendes Recht aufführt, so liegt uns die Pedanterie fern, hiergegen Einspruch zu thun, und es ist eine weitere Consequenz hiervon, sich dahin auszudrücken, daß es durch widersprechende Sätze nicht aufgehoben oder am Entstehen verhindert, sondern „nur ausgeschlossen“ werde. Es darf nur über solche Ausdrucksweise nicht die Anschauung von dem wahren Verhältniß des Rechts zu den Quellen verloren gehn, und

Digitized by Google

es handelt sich dem wahren Sachverhalt nach immer nur um einen Rechtscomplex, dessen Geltung in Frage gelassen wird.

Jedenfalls aber ist dieß kein Standpunkt, den der Germanist einnehmen könnte. Der Begriff der Subsidiarität dürfte in einem Lehrbuche des deutschen Privatrechts keine Anwendung finden, erstlich, weil anwendbares Recht zu verlangen ist, und ferner weil nur ein organisch zusammengehöriges Recht — wie es dann nicht vorliegen würde — ein würdiges Object der Wissenschaft ist. Es kommt auch — abgesehen von dem irrigen Glauben an ein formell gemeines Recht — nur deshalb zur Anwendung, weil man von der Natur wahrhaften Rechts, welches etwas den Verhältnissen Immanentes, nicht etwas über ihnen Schwebendes ist, keine Vorstellung, und darum kein Bedürfniß hat, ein System zu geben, das gleichmäßig in das Leben eingreift. —

Die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht stellen hiernach auf, daß wenn ein Rechtssatz auch nur in einem einzigen particulären Rechtsgebiete Geltung habe, dieß schon hinreichend sei, um ihn als gemeinrechtlich zu bezeichnen, und — da es nicht auf dem bloßen Namen ankommen kann — in ein System des gemeinen Rechts aufzunehmen, vorausgesetzt nur, daß er auf einer gemeinsamen Quelle beruhe.

Wir dagegen behaupten, daß ein solcher Rechtssatz nicht im Mindesten verdiente in ein System des gemeinen Rechts aufgenommen zu werden.

Wenn man überhaupt praktische Anwendbarkeit verlangt, so muß dieß doch wohl eine Anwendbarkeit sein in dem Kreis, für welchen das Rechtssystem bestimmt ist.

Wie kommt man nun dazu, sich mit der Geltung in einem einzigen particulären Rechtsgebiet zu begnügen?

Man könnte mit demselben Fug das Erforderniß ganz aufgeben. Denn für die übrigen Rechtsgebiete ist es ganz gleich-

Digitized by Google

gültig, ob der Satz überhaupt nicht, oder nur in diesem einzigen Rechtsgebiete gilt, und keines würde dabei um einen Anspruch auf Berücksichtigung gebracht, um den es nicht bei jener Theorie ebenfalls gebracht werden kann.

Wenn man aber weiter die Distinction macht, daß das formell gemeine Recht durch widersprechendes Particularrecht nicht aufgehoben oder am Entstehen verhindert, sondern nur ausgeschlossen werde, so läßt sich nun vollends nicht einsehen, wohinaus es mit dem Erforderniß der Geltung sollte.

Ein solch formell gemeines Recht könnte ja, und wenn es an keinem einzigen Orte praktisch wäre, trotzdem als geltend bestehen, und über Deutschland schweben, wie der Geist über den Wassern.

Und so kommen denn die Anhänger der formalen Theorieen, welche die Anwendbarkeit des gemeinen Rechts gegenüber andern Theorieen immer so betonen, gerade in den Fall, so unpraktisch als möglich zu sein.

Ferner soll das darzustellende Recht ein organisches Ganze sein. Denn darin, daß es ein solches ist, liegt die Möglichkeit und das Interesse für eine wahrhaft wissenschaftliche, systematische Behandlung.

Ein solches organisches Ganze bildet ein Recht, wenn es das historisch erwachsene Recht derselben Zeit und desselben natürlichen Volkscomplexes ist. Ob einem positiven Recht dieser Charakter zukomme, das richtet sich darnach, in wie weit die Rechtsquellen vorhandenes Recht wiedergegeben haben, oder in wie weit sie gemachtes Recht enthalten.

Einen wenigstens annähernd richtigen Maßstab hierfür kann aber nur die Untersuchung gewähren, wie weit es sich praktische Geltung verschafft hat.

Daher würde man denn ein Objekt von sehr zweifelhaftem

Digitized by Google

Werth haben an einem gemeinen Recht, das ſich nicht auch gleichmäßig geltend machen konnte, von dem nur ein Satz hier, ein andrer dort praktiſch wurde oder haften blieb, etwa, weil die Particulargeſetzgebung unthätig, oder die particuläre Gewohnheit unſicher war. Man würde darin nichts zu erblicken haben, als das Ergebniß einer bloß zufälligen, unangemeſſenen Centraliſation, und es würde ſchwerlich ein Gegenſtand ſein, der einer eignen Darſtellung würdig wäre.

Man könnte gegen dieſe Behauptung ſich auf unſre Syſteme des römiſchen Rechts berufen*), deren Inhalt auch nicht eine durchgängige Anwendbarkeit genießt, und dem doch nicht abzuſprechen iſt, daß es ein organiſches Ganze bildet. Aber mit Unrecht. Es gilt hier das Gleiche. Nur iſt es römiſcher, nicht deutſcher Boden, in welchem ſeine organiſche Einheit wurzelt, wenn immerhin auch einige Modificationen mit dargeſtellt werden, die es in Deutſchland erlitten hat.

Damit ſoll freilich nicht geſagt ſein, daß es nicht ein Mißſtand ſei, wenn an der Stelle, welche das römiſche Recht einnimmt, nicht ein durchweg anwendbares Recht gegeben wird, und wenn der Juriſt einen Theil der anzuwendenden Sätze wiſ-

*) Anderſeits z. B. auf das preußiſche Landrecht. Denn es wird durch widerſprechende provincielle Rechtsſätze ausgeſchloſſen, und gilt in dem beſtehenden Umfang nur, weil die angekündigte und wünſchenswerthe Abfaſſung von Provincialrechten nicht erfolgt iſt.

Aber das preußiſche Landrecht wird auch eben, weil es kein völlig organiſches Recht, nie in dem Maße, und in der Weiſe zum Object einer eignen Wiſſenſchaft werden können, wie etwa das römiſche Recht, obgleich noch immer ein Unterſchied iſt zwiſchen einem Geſetzbuch, das durch dieſelbe Thätigkeit geſchaffen iſt, und einem Recht, das fragmentariſch entſtanden wäre, und doch auf der andern Seite ſich keine Geltung verſchafft hätte.

Digitized by Google

senschaftlich zubereitet einem Ganzen entnehmen muß, dessen organischer Zusammenhang in fremdem Boden wurzelt.

Es ist eine Ansicht, die sich mehr und mehr aufdrängt, daß dieser Dualismus der deutschen Rechtswissenschaft aufhören muß, und aufhören wird.

Daß seine Beseitigung zum Theil durch die Romanisten bewerkstelligt werden wird, ist wohl nicht zu bezweifeln; und es würde in dieser Beziehung noch mehr geschehen, als bereits geschieht, wenn man das römische Recht als ein formell gemeines aufgeben, oder wenigstens dieß mehr in Betracht ziehen wollte, daß es jetzt in dem größten Theile Deutschlands jedenfalls nur als Inhalt der Gesetzbücher gilt, und daß die Zeit nicht fern sein kann, wo es als subsidiäres Recht vollständig durch Codificationen verdrängt sein wird.

Mehr noch aber wird die Beseitigung jenes Dualismus das Geschäft der Germanisten sein, indem sie das praktikable römische Recht behandeln, wie andres Particularrecht, und es in seinen allgemeinen Principien in ihre Darstellungen hereinziehen.

Sie werden dieß in sofern thuen dürfen, als in den Lehrbüchern des römischen Rechts das Hauptgewicht auf die Darstellung der specielleren Sätze, das geringere Gericht auf die der allgemeineren fällt, in Anschluß an die römische Jurisprudenz, deren starke Seite nicht die Aufstellung von Principien war, durch welche die Fülle des conereten Stoffes erschöpft würde.

Zwar tritt auch bei den Romanisten neuerdings das Bedürfniß auf, den Grund der einzelnen Lehren tiefer zu legen, und das römische Recht zu emancipiren von der römischen Jurisprudenz. Bei Weitem vorherrschend aber ist es noch, die im corpus juris unmittelbar enthaltenen Abstractionen beizubehalten, und von diesen ausgehend den Stoff noch weiter durchzubilden.

Gleichwohl ist eine solche Emancipation von der römischen

Digitized by Google

Jurisprudenz unabweislich, wenn das deutsche und römische Recht ineinander gearbeitet, und ein deutsches Civilrecht hergestellt werden soll.

Die Aufgabe, die sich hiermit darbietet muß demjenigen zukommen, der sich am ersten ihrer bemächtigt, und der Germanist wird um so mehr daran Theil nehmen dürfen, als er mit vorurtheilsfreierem Sinn an die Arbeit gehen wird.

Es gilt hierbei allerdings nicht, einen eigenthümlichen deutschen Rechtsstoff aufzuspüren; wohl aber, eine Eigenthümlichkeit der deutschen Wissenschaft zu bewähren, durch welche sie sich von je ausgezeichnet hat.

Nachdem wir in doppelter Hinsicht — sowohl daß die Gemeinsamkeit der Quelle gefordert werden dürfe, als daß sie an und für sich genügen könne — die formalen Theorien zurückgewiesen haben, ist nunmehr eine kurze Uebersicht derjenigen Theorieen zu geben, welche dem formalen Princip entgegengestellt wurden.

Auf die Germanisten, welche theils in unbefangener Weise auf die Capitularien und Rechtsbücher zurückgingen (Beyer, Heineccius, Engau), theils ausdrücklich und ausführlich die unmittelbare Geltung und sogar den gesetzlichen Charakter der Rechtsbücher vertheidigten (Senckenberg, Fischer) folgt die Gruppe von Rechtsgelehrten, welche ein s. g. analogisches Privatrecht aufstellen *).

---

*) Von den Juristen, welche hier genannt werden, sprechen allerdings nur Rudloff und Tafinger, und in beiläufiger Weise Pütter, von einer Analogie des deutschen Rechts. Der Ausdruck ist indeß bezeichnend für die ganze Gruppe von Theorieen.

Digitized by Google

Die Annahme eines durch dieselben Quellen bestimmten Rechtszustandes wird aufgegeben und an ihre Stelle tritt die Annahme analoger particulärer Rechtsverfassungen.

Dabei ist aber der Zweck nicht bloß, das Gemeinsame der analogen Particularrechte einer gemeinsamen wissenschaftlichen Behandlung zu unterziehen, sondern die Analogie soll den gleichen oder ähnlichen Dienst leisten, wie den Anhängern der formalen Theorieen die Identität der Rechtsquelle.

Was zunächst den Ausdruck „Analogie des deutschen Privatrechts" anbelangt, so liegt auf der Hand, daß diese Analogie nicht zusammenfällt mit der Rechts- und Gesetzesanalogie, welche als Mittel der ausdehnenden Interpretation aufgeführt werden.

Wenn er gleichwohl wenigstens mit Beziehung hierauf gewählt wurde, so beruht dieß auf einer mehr äußerlichen Auffassung jener logischen Operation, und ist etwa in dieser Weise zu verstehen: Wie bei derjenigen ausdehnenden Interpretation, welche als Anwendung der Analogie bezeichnet wird, es — scheinbar wenigstens — nicht eine allgemeine, höher stehende Regel ist, welche auf besondere Fälle angewendet wird, sondern die Entscheidung *besonderer* Fälle, welche man auf ähnliche besondere Fälle anwendet, so handelt es sich hier in entsprechender Weise nicht um Bestimmungen einer allgemeinen, über den particulären Gebieten liegenden Quelle, sondern es sind die Bestimmungen particulärer Quellen, welche für andere particuläre Gebiete wegen einer Aehnlichkeit ihrer Rechtsverfassung benutzt werden dürfen.

Wenn es hiernach das Gemeinsame dieser Theorien ist, von einer Vergleichung der Statuten und Gesetzbücher auszugehen, so ist der nähere Inhalt, und ihr Unterschied folgender.

Die Einen wollen bei der Verschiedenheit der Particularrechte eine Zusammenzählung der harmonirenden entscheiden lassen, so daß sich ein gemeines, für die andern particulären Ge-

Digitized by Google

biete subsidiär anwendbares Recht aus der Uebereinstimmung der Mehrzahl ergeben soll.

So Selchow und Mylius.

Auch die Theorie Pütters geht auf dieses Verfahren.

Allein er hat Bedenken hinsichtlich der subsidiären Anwendbarkeit dieses gemeinen Rechts. Er entscheidet sich gegen sie, und damit es trotzdem ein Anspruch auf allgemeines Interesse habe, so soll ihm für die Gebiete der nicht übereinstimmenden und über den fraglichen Punkt schweigenden Particularrechte wenigstens die Bedeutung eines theoretisch wahren Rechts zukommen, wobei es offenbar den relativen Charakter des Rechts ignorirt, und das Auseinandergehen der Particularrechte als eine bloße Zufälligkeit gelten läßt, wie er auch verkennt, daß das Recht gerade nur um des Willen durch die Rechtsquellen positiv gemacht werden muß, weil sonst kein sicheres Zeugniß seiner Wahrheit vorhanden wäre, daß also ein erweislich wahres Recht auch ein anwendbares Recht sein müßte. — An Pütter schließt sich Rudloff an. Nach einer Andeutung, die schon dieser gegeben hatte, dehnt er das Verfahren Pütters auch auf das Feld der Geschichte aus, und verlangt eine Zusammenstellung auch der früheren Particularrechte — ein Vorschlag, der ungefähr dahin zu verstehen ist, daß neben den Stimmen der Particularrechte über die jetzt fraglichen Sätze auch ihre Stimmen über diejenigen früheren Sätze, als deren Fortbildung jene erscheinen, für die Berechnung der Stimmenmehrheit in Betracht kommen sollen.

Dafür beansprucht er auch wiederum eine subsidiäre — wenngleich beschränktere — Anwendbarkeit des so gefundenen Rechts.

Tafinger endlich fordert ebenfalls, daß in die Geschichte zurückgegangen werde, jedoch nicht, um eine Zusammenzählung der Particularrechte auch in Hinsicht früherer Zeitpunkte vorzunehmen, sondern um überhaupt durch eine geschichtliche Untersuchung das Wahre und das Zufällige der particulären Bestim-

Digitized by Google

mungen zu scheiden, und so ein analogisches Recht zu gewinnen, das nicht nothwendig auf der Uebereinstimmung der Mehrzahl beruht. Dieses analogische Recht soll — wo es nicht ohnehin particularrechtlich anerkannt ist — „an der Stelle eines positiven Rechts" subsidiär anwendbar sein.

Anerkennenswerth an dieser Theorie Tafingers ist, daß er von einer Summirung der Particularrechte Umgang nimmt. Allein wie Pätter geht er von der unrichtigen Ansicht aus, daß die Verschiedenheit derselben als eine bloße Zufälligkeit zu behandeln sei. Auch ist durchaus nicht ersichtlich, wie der Jurist über das Richtige und das Zufällige der positiven Rechte anders entscheiden könne, als indem er eine legislatorische Stellung einnimmt, wenn er immerhin auch geschichtliche Untersuchungen anstellt; und jedenfalls liegt hier ein Princip vor, das leichter aufzustellen, als auszuführen, und dessen Ausführung Tafinger schuldig geblieben ist.

Eine negirende Kritik an diesen Theorieen übten Hufeland und Feuerbach.

Sie gehen davon aus, einerseits wie jene, daß eine Uebereinstimmung der sämmtlichen Statuten und Gesetzbücher nicht statt finde, anderseits, daß bei einer bloßen Uebereinstimmung einer Mehrheit von Particularrechten ein Recht von allgemeiner Anwendbarkeit, oder allgemeinem Interesse nicht construirt werden könne. Folgerecht lassen sie den Namen eines gemeinen deutschen Rechts fallen, und wollen nur schlechthin von einem deutschen Privatrecht gesprochen wissen.

Feuerbach insbesondere warnt vor einem willkürlichen Abstrahiren, indem er darauf aufmerksam macht, daß ein unmittelbar anwendbares Princip nicht aus speciellen Bestimmungen abstrahirt werden kann, welche verschiedenen Particularrechten angehören, sondern in dem einzelnen Particularrecht enthalten sein muß, also, wenn es nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, nur

Digitized by Google

aus speciellen Bestimmungen, welche sämmtlich diesem Particularrecht selber angehören, hergestellt werden kann*).

Im Uebrigen ist in Abrede zu stellen, daß diese beiden Juristen mit ihrer Anschauung einen wesentlich andern, insbesondere — worauf die geringschätzige Behandlung desselben von Seiten Gerbers hinweist — einen niedrigern Standpunkt einnehmen, als die vorhergenannten. Sie leugnen — worin sie vollkommen Recht haben — die allgemeine Anwendbarkeit des analogischen Privatrechts. Betrachtet man aber, was nach Abzug des Unrichtigen von den Theorieen der oben aufgeführten Juristen übrig bleibt, so schließen sie sich durchaus an diese Gruppe an; und wenn Rudloff und Tasinger darin höher stehend erscheinen, daß sie auf eine geschichtliche Untersuchung verweisen, so ist doch nicht außer Acht zu lassen, daß sie zunächst und ausgesprochnermaßen nur das Interesse für sie hat, allgemein anwendbare Rechtssätze zu liefern — ein Interesse, welches ihr Hufeland und Feuerbach mit Recht absprachen.

Das Verdienst dieser ganzen Gruppe von Rechtsgelehrten ist, daß sie es aufgegeben haben, ein gemeines Recht aus gemeinsamen Rechtsquellen herzustellen, daß sie die Volksrechte, Capitularien und Rechtsbücher der Geschichte überweisen.

Das Unrichtige an diesen Theorieen — mit Ausnahme der von Hufeland und Feuerbach — besteht darin, daß gleichwohl ein subsidiär anwendbares Recht, oder doch ein Recht von einem ähnlichen Interesse, wie ein subsidiär anwendbares (Pütter), gegeben werden soll.

Wenn wir ferner davon absehen, daß für unsere Frage die Geschichte ein Interesse hat, welches der Mehrzahl dieser Ju-

*) Dieß ist der Sinn der hieher gehörigen Worte Feuerbachs, welche ihm von Gerber den Vorwurf eines unauflöslichen Widerspruchs zuziehen.

Digitized by Google

Juristen noch gar nicht aufgegangen ist, und daß auch diejenigen unter ihnen, welche auf eine geschichtliche Untersuchung hinweisen, ihr doch eine ganz andere Bedeutung zuschreiben, als welche ihr für unsre Frage eigentlich zukommt — so ist ein Hauptmangel dieser Theorieen darin zu sehen, daß noch nicht gedacht wird an eine Verallgemeinerung der Rechtssätze, welche über die Gränze ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit hinausgeht, welche dann einen gemeinsamen Stoff nicht bloß für die Mehrzahl, sondern für die Gesammtheit der Particularrechte ergeben würde.

Die Abstraction aus den Rechtssätzen kann nämlich zunächst dabei stehen bleiben, den Thatbeständen und den daran geknüpften Rechten, welche sie aussprechen, die juristisch gleichgültigen Merkmale abzustreifen. Dann ist die so gewonnene allgemeine Rechtswahrheit noch der unmittelbaren Anwendung fähig; d. h. es bedarf nur umgekehrt des Beigebens juristisch gleichgültiger Zuthaten, um sie mehr und mehr in die Gestalt, in welcher sie sich verwirklicht, also in die Gestalt des Rechtsfalles einzukleiden.

Allein auch die alles juristisch Irrelevanten entkleidete Rechtswahrheit ist immer noch eine aus verschiedenen Momenten gebildete, und es ist auch hier noch ein weiteres Eindringen und eine Sonderung der in ihr enthaltenen Momente nöthig. Das hierauf gehende Verfahren hat ein gleiches Interesse, wie jenes — das volle Bewußtsein der Rechtswahrheit zu geben, — und auch das, was nach Absonderung von einzelnen juristisch relevanten Momenten übrig bleibt, ist immer noch ein Rechtssatz, wenngleich er nicht mehr fähig ist, unmittelbar angewendet zu werden.

Ein solches Abstrahiren kann denn für mehrere Rechtsgebiete eine Identität von Rechtssätzen ergeben, welche in concreterer Gestalt einander ausschließen, und insofern hier nicht die Tendenz zu Grunde liegt, die genommenen Principien als für

Digitized by Google

die Anwendung fertige zu geben, und sie anders zu realisiren, als wiederum durch Hinzufügung der nach den einzelnen Gebieten verschiedenen juristischen Merkmale, welche fürerst abgesondert werden, so kann sich auf dieses Verfahren auch nicht der Vorwurf des willkürlichen Abstrahirens beziehen, welchen Feuerbach erhebt. Es würde nur dann begründet sein, wenn man diejenigen Momente, welche nicht gemeinsam sind, eben deswegen als juristisch unwesentliche behandeln wollte, was wohl in Bezug auf mehrere analoge Sätze desselben Rechts zulässig ist, indem damit ein Widerspruch aus diesem Recht entfernt wird, nicht aber in Bezug auf die Sätze verschiedener Rechte, weil diese eben einander widersprechen dürfen. —

Daß an eine derartige Verallgemeinerung des Rechts nicht gedacht wird, zeigt sich zunächst bei Hufeland und Feuerbach, indem sie den Namen eines gemeinen deutschen Privatrechts fallen lassen. Allein gegenüber den anderen hieher gehörigen Theorieen sind sie damit vollkommen im Recht. Denn wenn diese an einer solchen Bezeichnung festhalten, so geschieht es nur deshalb, weil sie die subsidiäre Anwendbarkeit oder ein Analogon dieser Anwendbarkeit aufstellen, welche von jenen beiden Juristen mit Recht verworfen wird.

Es ist daher ein Mangel, welcher dieser ganzen Gruppe von Rechtsgelehrten angehört, daß eine Vergeistigung des Rechts durch tiefere Abstraction, wie sie einen für ganz Deutschland gemeinsamen Stoff ergeben würde, ihnen fern liegt — ein Mangel, der durch den kritisch nüchternen Ausspruch Hufelands und Feuerbachs nur zu Tage gebracht wird.

In ein weiteres Stadium tritt die Erörterung unsrer Frage durch die Theorie, welches ein gemeines Recht aus der

Digitized by Google

sog. Natur der Sache ableitet, so wie durch die Aufstellung eines gemeinen Juristenrechts; welches letztere wir aus dem Grunde noch einmal hier berühren, weil es nach dem richtigen Moment, welches darin enthalten ist, unter den gleichen Gesichtspunkt fällt, wie jene.

Runde, welcher zuerst die Natur der Sache zur Construction eines gemeinen Rechts gebraucht, geht dabei, wie er selbst ausspricht, von der Annahme eines hypothetischen Vernunftrechtes aus. Seine Theorie ist demnach keine formale; denn er verlangt keine gemeinsamen Quellen, welche es positiv gemacht hätten. Sie ist aber auch nicht den formalen Theorieen entgegengesetzt; denn er verlangt überhaupt keine Rechtsquellen, durch welche es zur objectiven Erscheinung gekommen sein müßte.

Insofern nun die ausgesprochene Intention, ein hypothetisches Vernunftrecht zu geben, in der That als das wirksame Princip seiner Doctrin erscheint, bedarf sie, insbesondere nach unsern obigen Ausführungen über die Entstehung des Rechts, keiner weitern Erörterung. Ein absolutes Vernunftrecht existirt nicht; und die Aufstellung eines solchen ist um nichts gerechtfertigter, wenn man ein völliges a priori Construiren aufgibt, und ihm wenigstens insoweit einen relativen Charakter beläßt, als es eine Folgerung sein soll aus historisch gegebenen Verhältnissen, oder der Natur der Sache die Natur eines gegebenen Rechtsinstitus substituirt wird.

Denn es gibt keine thatsächlichen Verhältnisse, aus welchen durch eine logische Operation Rechtssätze abgeleitet werden könnten. Es gibt überhaupt keine Verhältnisse, in denen Recht enthalten wäre, als Willensverhältnisse. Das Verhalten der Willen aber ist empirisch kennen zu lernen, und kann auch nicht durch den Einzelnen festgestellt werden, um Anspruch auf Aner-

Digitized by Google

kennung zu haben, sondern bedarf der Constatirung durch die Rechtsquellen.

Ein Institut ferner ist zu zersetzen in einzelne Rechtssätze. Diese enthalten entweder verschiedene juristische Momente. Dann können sie auch nicht aus einander abgeleitet werden. Oder es ist eine logische Operation möglich, so daß die einen durch die andern gewonnen werden können. Dann sind es nur Wiederholungen derselben Rechtswahrheit in verschiedener Gestalt. Eine logische Operation kann nur Gegebenes aufzeigen. Sie ist nur eine Sonderung und Verbindung von Momenten, welche in dem Bewußtsein schon vorhanden, und zwar mit dem Anspruch oder dem Zugeständniß solcher Sonderung und Verbindung vorhanden sind. So sehr diese Arbeit — die Rechtswahrheiten in verschiedner, allgemeinerer oder concreterer, Gestalt aufzuzeigen — eine nothwendige ist, und so mühsam sie anderseits sein kann, so wird doch damit nicht stofflich Neues geliefert.

Gerade diese Operation ist es aber, auf welche Runde hauptsächlich ausgeht, wenn er ein gemeines Recht aus der Natur der Sache ableiten will.

Dieß zeigt sich einerseits, so viel willkürliche Aufstellungen und Folgerungen, im Sinne eines Vernunftrechtes, es auch enthält, bei einer Betrachtung seines Lehrbuches. Anderseits darin, daß er auf die römischen Juristen hinweist, die vornehmlich aus der Natur der Sache geschöpft haben sollen. Und damit fällt denn seine Doctrin unter denselben Gesichtspunkt, wie die Theorie eines gemeinen Juristenrechts.

Von welchen Irrthümern diese letztere ausgeht, indem sie sich als eine formale Theorie gibt, wurde schon oben auseinandergesetzt.

Abgesehen von dem wahrhaften Verhältniß logischer Resultate zu den Sätzen, aus welchen sie gewonnen werden, moch-

Digitized by Google

ten wir der opinio doctorum auch um des Willen den Charakter einer Rechtsquelle nicht zuerkennen, weil sie dem Richter nicht einen ähnlichen objectiven, außer seiner persönlichen Ueberzeugung liegenden Anhalt für das Urtheil darbietet, wie ihn Gesetz und Gewohnheit gewähren. Wenn ihr Maurenbrecher die Fähigkeit hierzu ertheilen will, indem er die Majorität der Rechtsgelehrten entscheiden läßt, so hat diese „Frechheit der Consequenz" so wenig Anklang gefunden, daß es überflüssig erscheint, sie zurückzuweisen.

Inzwischen ist die Frage, ob die opinio doctorum überhaupt den Namen einer Rechtsquelle verdiene, minder wichtig. Die Frage, auf die es hier ankommt, ist vielmehr die, ob die opinio doctorum ein Rechtsquelle sein würde, deren Gemeinsamkeit für den Mangel anderer gemeinsamer Quellen Ersatz bieten könnte; und *insofern betrifft der hauptsächlichste Irrthum*, welcher in der Theorie eines gemeinen Juristenrechts, oder eines gemeinen Rechts der Wissenschaft zu Tage tritt, *das Verhältniß der allgemeineren Sätze zu den concreteren, das Wesen einer logischen Operation*. Denn vermöge desselben geschieht es, daß man einen von dem particulären Recht verschiedenen Stoff zu geben glaubt, wenn man die particulären Sätze in anderer Gestalt wieder gibt. Und dieser Irrthum ist es, den sie mit der andern hier genannten Doctrin theilt.

Dagegen ist auf der andern Seite beiden Doctrinen auch eine Wahrheit gemein.

Denn sie enthalten beide die Anerkennung, daß die logische Thätigkeit der Juristen Resultate liefern kann, welche nicht bloß einer Mehrzahl von Particularrechten, sondern der Gesammtheit gemeinsam sind; und darin liegt, wenn wir auf den

Digitized by Google

Standpunkt des analogischen Privatrechts zurückblicken, der Fortschritt dieser Theorieen.

Die zuerst von Eichhorn aufgestellte Theorie, welche mittelbar auf ein gemeines Recht des Mittelalters recurrirt, haben wir schon oben in Betracht gezogen. Sowohl nach ihrer unrichtigen Seite, indem wir insbesondere darauf aufmerksam machten, daß ihr von vorn herein eine irrige Anschauung zu Grunde liegt über den Gang, welchen die Centralisation zu nehmen pflegt; wie auch nach dem in ihr enthaltenen richtigen Moment, insofern darin das Bedürfniß auftritt, durch eine geschichtliche Untersuchung sich zu überzeugen, daß, soweit eine Gleichheit des in den Particularrechten enthaltenen Stoffes statt findet, diese keine zufällige, sondern eine nothwendige, und darum stetige und dauernde sei.

An Eichhorn schließt sich die Mehrzahl der Neueren an, indem sie somit noch an dem formalen Princip festhält.

Diejenigen unter ihnen, welche unsre Frage einer ausführlichen Untersuchung unterziehen, sind insbesondere Reyscher und Gerber, von denen ersterer das Runde'sche Princip weiter ausführt, und durch eingehendere Erörterungen über die Natur und Entstehung des Rechts zu begründen sucht.

Wenn wir uns enthalten auf die Ansichten dieses verdienstvollen Germanisten näher einzugehen, so geschieht es um des Willen, weil unsre Kritik derselben im Wesentlichen nur eine Wiederholung dessen sein könnte, was wir zu Anfang über die Entstehung des Rechts ausgesprochen haben.

Es bleibt uns übrig, den Standpunkt Gerbers zu beleuchten.

Es ist das Verdienst Gerbers, daß — wenn wir von früheren Oppositionen in diesem Sinn absehen, die noch ohne

Digitized by Google

eine Uebersicht über den gesammten Stoff erhoben wurden — er der Annahme eines formell gemeinen und subsidiären Rechts zuerst entschieden entgegentrat.

Wenn er mit diesem negativen Ergebniß seiner Untersuchungen, welches wir ebenfalls vertreten, noch keineswegs so allgemein durchgedrungen ist, als zu wünschen wäre, so liegt der Grund, wie uns scheint, darin, daß seine positive Ansicht theils an einer zu vagen Fassung leidet, theils eine Tendenz zeigt, welche noch an den Irrthum Pütters und Tafingers erinnert.

Die „Rechtsüberzeugung des Volkes," welche in seiner Theorie der Gemeinsamkeit der Rechtsquelle substituirt wird, ist, wie er sie faßt, nicht im Stande, diese Stelle auszufüllen, überhaupt noch kein concreter Begriff; und seinen Ausführungen über die Bedeutung, welche für die Dogmatik gerade des gemeinen deutschen Rechts die Rechtsgeschichte habe, ist ein präciser Gedanke nicht zu entnehmen.

Wenn ihr für die Dogmatik desselben ein höheres Interesse, als für die Darstellung jedes andern Rechts zukommt, so besteht es nach unsrer Ansicht nur darin, daß sie eine Vorfrage entscheidet. Indem sich Gerber von der Eichhorn'schen Theorie noch nicht gänzlich loszureißen vermag, bemüht er sich, ihr ein anderes, unmittelbares Interesse abzugewinnen, ist aber keineswegs im Stande, ein solches bestimmt zu formuliren. Vielmehr erscheinen seine Ausführungen in dieser Hinsicht fast wie ein Bestreben, einen Ausfall in dem schließlichen Resultat seiner Untersuchung zu verdecken.

Endlich — und dieß ist der Haupteinwand, der seiner Theorie entgegengestellt wird, ist sein Recht nicht ein durchaus anwendbares, sondern ein ideales Recht; der Unterschied zwischen ihm und Pütter besteht in dieser Beziehung nur darin,

Digitized by Google

daß dieser auf das allgemeine Interesse an einer richtigen Theorie, Gerber auf das Nationalgefühl hinweist.

Was die Rechtsüberzeugung des Volkes anbelangt, die bei Gerber an die Stelle der gemeinsamen Rechtsquellen tritt, so steht er, wie er auch ausdrücklich erklärt, damit auf dem Standpunkt der historischen Schule, und hier ist sie, wie wir oben gezeigt haben, wohl dazu dienlich, den Rechtsquellen einen Titel zu geben, nicht aber, eine von den Rechtsquellen ablösbare, unabhängige Existenz des Rechts darzuthun.

Sollen die Rechtsquellen als das dastehen, was sie in der That sind, oder sein sollten, als bloße Erkenntnißmittel des Rechts für den Richter, so ist durchaus erforderlich, daß die reale Natur des Rechts anerkannt, daß es als eine Willenssache gefaßt werde, und eine Anschauung vorhanden sei von dem Werden und Bestehen eines allgemeinen Willens.

Dieß ist in der Theorie der historischen Schule, an die sich Gerber anschließt, nicht der Fall, wie denn insbesondere Volk ein bloßes Abstractum ist, und nicht daran gedacht wird, es in Individuen aufzulösen. Nicht die Einzelnen sind es, insofern sie gleichgeartet sind, und zusammenleben, sondern das abstracte Naturganze, welches überdieß gerade nur in dem Complex bestehen kann, den wir Nation nennen, so daß ein einzelner Stamm oder ein anderer kleinerer Complex nur deshalb ein Recht hat, weil er dem größeren Ganzen angehört.

Dieser abstracten Auffassung der Rechtsproduction des Volkes entspricht auch seine Ansicht über die Reception des römischen Rechts.

Wir haben uns über diesen Punkt oben ausgesprochen, und müssen erwarten, ob unsere Ansicht getheilt wird. So viel aber dürfen wir behaupten, daß es sich mit einer concreten Vorstellung von der rechtsproductiven Kraft des Volkes nicht verträgt, wenn die opinio doctorum, welche die Reception des

Digitized by Google

corpus juris vermittelte, dem Volke als sein eignes Rechtsbewußtsein zugesprochen wird, wie dieß von Gerber geschieht.

Wenn er aber damit an der Reception des römischen Rechts dem Volke einen Antheil zuschreibt, den es in der That nicht hat, so ist es hinwiederum, was seine Entstehung in Italien anbelangt, eben das Volksbewußtsein, dem hier nur eine sehr untergeordnete Bedeutung zukommen soll; und gerade eine Entgegensetzung des römischen Rechts muß ihm dazu dienen, seinen Begriff von Volksbewußtsein, und seine Beziehung zu dem deutschen Recht deutlicher zu machen.

Wir finden indeß nicht, daß es durch diese Vergleichung ein greifbarerer Gedanke geworden ist, und wollen, damit der Leser selbst versuche, ein Verständniß zu gewinnen, die eignen Worte Gerbers (Princip, S. 153) hieher zu setzen. Sie lauten folgendermaßen: „So zieht durch alle einzelnen Erscheinungen in der Geschichte des deutschen Rechts die Idee der organischen Entfaltung des deutschen Volksbewußtseins in seiner Einzelbeziehung auf das Gebiet des Rechts; und die Totalität der einzelnen Entwickelungsmomente, welche als die natürlichen Thaten eben jenes Volksgeistes erscheinen, gewähren uns das farbenreiche Bild der Rechtsüberzeugung des deutschen Volkes. Es ist nun die Aufgabe der deutschen Rechtsgeschichte, die einzelnen Thatsachen der Rechtsentwickelung als die Aeußerungen jenes seiner endlichen Entfaltung entgegenstrebenden Rechtsbewußtseins darzustellen, und so die Einzelproducte der Rechtsüberzeugung ihrer Isolirtheit zu entziehen, und ihnen eine Stellung in der allgemeinen Bewegung der Rechtsentwickelung anzuweisen. Es erscheint gerade als eine der deutschen Rechtsgeschichte eigenthümliche Aufgabe, die Individualität der einzelnen Rechtsstoffe in die Allgemeinheit jener Idee aufzulösen, weil die einzelnen Rechtserzeugnisse sich so innig an die Rechtsüberzeugung des Volkes, aus welcher sie unmittelbar durch ei-

Digitized by Google

nen organischen Proceß hervorgehen, anschließen, daß sie getrennt von der Entwickelungsgeschichte der letzteren, als isolirte Größen sowohl ihre Bedeutung als ihren Inhalt verlieren.

Ganz anders ist dieß bei der Geschichte des römischen Rechts, das schon von Anfang an eine abstracte, in sich selbst abgeschlossene Gestalt und Existenz in der größten Objectivität durch die positiven Satzungen von Obrigkeit und Juristen erhielt, so daß alle Einzelerscheinungen des Rechts an sich eine eigenthümliche Gestalt gewinnen, getrennt von dem Gedanken an die Entwickelung des Rechtsbewußtseins des Volkes, das hier viel eher unter die Herrschaft des bestehenden Rechts gebeugt, als ihm selbst das Dasein verliehen zu haben scheint."

Weiter heißt es dann, daß allerdings auch die Geschichte des römischen Rechts eine Behandlung zulasse, durch welche die einzelnen Thatsachen derselben vermöge einer Abstraction besonderer Merkmale mit dem Volksbewußtsein in Verbindung gesetzt werden könnte. — „Allein stets wird eine solche Abstraction bei der Geschichte des römischen Rechts nur den secundären Zweck haben können, die einzelnen Institute in die Beleuchtung zu setzen, welche zu ihrem Verständniß erforderlich ist. Der Zweck dieses tiefern Eindringens wird hier immer nur ein verhältnißmäßig untergeordneter, und nur darauf gerichtet sein, den positiven Stoff zu unterstützen, damit dieser nicht wurzellos des Bodens darbe, aus dem er mit ursprünglicher Kraft getrieben wurde. Anders ist dieß bei der Geschichte des deutschen Rechts, wo der einzelne auf dem wuchernden Boden des deutschen Rechtsbewußtseins gekeimte Trieb das Zufällige ist, da es hier nur darauf ankommt, aus der Natur desselben die tiefer liegende ursprüngliche Triebkraft zu erkennen."

Sollen wir diesen Ausführungen Gerber's einige Bemerkungen hinzufügen, so glauben wir zunächst, sie würden wesentlich anders ausgefallen sein, wenn Gerber hätte bedenken

Digitized by Google

wollen, daß es neben und mit der römischen Rechtsgeschichte auch eine Rechtsgeschichte der italischen Nation gegeben hat.

Da das übrige Italien mit seiner Rechtsentwickelung nicht bis zu den späteren Centralisationen wartete, vielmehr vor dieser Zeit auch seine zahlreichen Stadtrechte und Landrechte hatte, so ist ohne Zweifel die Geschichte des Rechts der Stadt Rom bis in die Zeit hinein, wo es mit dem nationalen Recht zusammenfiel, ein andres Object, als die Geschichte des Rechts der italischen Nation. Und in ähnlicher Weise ist sie denn auch verschieden von der Rechtsgeschichte der deutschen Nation.

Wenn mehrere Volkscomplexe eine Nation bilden, ohne doch schon alle particuläre Individualität verloren zu haben und vollständig verwachsen zu sein, so daß das Recht ihnen nur in gewissem Maße gemeinsam ist, so wird dieses Maß des gemeinsamen Rechts freilich in den abstracteren Sätzen bestehen. Während also die Betrachtung einer particulären Rechtsgeschichte, sei es daß diese bis zu Ende noch eine particuläre ist, oder daß sie bereits in ein nationales Recht einmündete, von vornherein ein identisches Object hat, wird, um mehrere particuläre Rechtsgeschichten in eine Nationalrechtsgeschichte zusammenzufassen, allerdings eine Abstraction besonderer Merkmale nothwendig sein.

Ferner ist das römische Recht, wie es uns vorliegt, ein Stoff, an welchem sich die logische Thätigkeit der Juristen durch viele Jahrhunderte versucht hat, während die germanistischen Materien sich einer verhältnißmäßig noch sehr geringen wissenschaftlichen Bearbeitung erfreuen. Allerdings bleibt daher der Abstraction in Bezug auf die letzteren verhältnißmäßig mehr zu thun übrig. Und wenn anderseits eine noch weiter eindringende Abstraction für das römische Recht nicht bloß möglich, sondern auch sehr wünschenswerth ist; wenn seine Lehren tieferer Grundlagen, als welche ihnen die unphilosophischen römischen Juristen gaben, noch fähig und bedürftig sind, so ist es doch eine Thatsache, daß

Digitized by Google

die Thätigkeit der Romanisten bisher mehr darauf ging, den Stoff mit Beibehaltung der von jenen überkommenen Principien noch weiter zu filtriren, als die Grundlagen anders zu legen. Eine tiefere Abstraction ist also hier wenn sie auch keineswegs eine untergeordnete Arbeit sein sollte, bisher wenigstens als eine solche behandelt worden.

In allen diesen Umständen beruht der Unterschied zwischen der möglichen Behandlung des deutschen und der möglichen oder doch gebräuchlichen Behandlung des römischen Rechts, auf welchen die Ausführungen Gerbers hinzuweisen scheinen.

Wenn er nun anstatt eben diese Momente zu constatiren, wieder und wieder von dem Volksbewußtsein spricht, mit welchem das römische Recht in einem loseren, das deutsche in einem innigern Zusammenhang gestanden habe, so ist dieß nicht geeignet uns ein Verständniß dieses Ausdruckes zu geben, wohl aber ein Zeichen, daß es ein sehr dehnbarer Begriff sein muß. —

Die Annahme, daß im Mittelalter ein formell gemeines Recht bestanden habe, ist von Gerber aufgegeben, obwohl das, was er über die Rechtsbücher (Lehrb. S. 26) äußert, einen Zweifel in dieser Beziehung zuläßt: „Sie (die Rechtsbücher) sind zu einer Zeit verfaßt, in der die Landeshoheit noch nicht zu dem Punkte vorgeschritten war, in welchen sie die Territorien gewaltsam trennte, und willkürlich an das Schicksal einer Einzelherrschaft band; deshalb enthalten sie auch kein particuläres deutsches Recht, soweit es auf der Gemeinsamkeit der Sitte und der öffentlichen Verhältnisse im deutschen Volke gegründet ist.“

Dagegen hält er wenigstens die Ansicht fest, daß die materielle Einheit des Rechts in der Zeit der Volksrechte und Rechtsbücher eine vollständigere gewesen sei, daß das deutsche Recht seit dieser Zeit auseinandergehe.

Wir unserseits sind, wie wir schon oben ausgeführt haben, der Meinung, daß im Gegentheil das deutsche Volk einer

Digitized by Google

Einheit des Rechts weit näher steht, als im Mittelalter, und haben in dieser Beziehung verwiesen auf die gemeine deutsche Wechselordnung, auf das für eine Centralisation reife Handelsrecht, und auf die Umkehrung des Satzes „Stadtrecht bricht Landrecht", vermöge deren nunmehr der Schwerpunkt der Rechtsproduktion hinausverlegt ist aus den kleinen Kreisen, in welchen er im Mittelalter lag.

Wir sehen in der Bildung der Territorien keineswegs eine Zersplitterung Deutschlands, insofern, als sie den nominell bestehenden Reichsverband löste, sondern einen Fortgang zur Natialeinheit, insofern, als sie die effectiv bestehenden Stadtstaaten und kleinen Herrschaften beseitigte.

Gerber theilt es mit Vielen, daß er die Regel: „Stadtrecht bricht Landrecht" als eine noch h. z. T. geltende Regel hinstellt, und es scheint fast, als ob er sie aus einer absoluten Natur der Sache ableiten wollte, anstatt darin einen relativen, der Geschichte unterworfenen Satz zu sehen*).

In Bezug auf die Zeit der Volksrechte äußert er sich folgendermaßen: „Wie sehr auch diese Volksrechte in ihrem zufälligen Detail von einander abweichen, so sind sie doch durchdrungen von einer Grundfarbe, die ihre Wesenheit selbst in den modificirten Gestalten, mit denen sie sichtbar wird, an keiner Stelle verwischen läßt. Ueber allen diesen Rechtsbüchern schwebt als

*) Lehrb. §. 31: „Es liegt in der Natur der Verhältnisse begründet, daß bei dem Zusammentreffen mehrerer einheimischen Rechtsvorschriften deren Wirksamkeit in Rücksicht auf ihre Ausdehnung verschieden ist, derjenigen der Vorzug gegeben wird, welche unter dem Einfluß der dem fraglichen Subject am nächsten liegenden rechtserzeugenden Kräfte entstanden ist. Es wird daher zuerst das nächste Localrecht, dann das weitere Particularrecht, und endlich das gemeine subsidiäre Recht Anwendung finden."

Digitized by Google

beherrschendes Element die Idee der germanischen Freiheit, und das ihr entsprechende Recht des Einzelnen, das Fehderecht."

Allein nach unsrer Ansicht kann weder die germanische Freiheit, noch das Fehderecht etwas für die Einheit des Privatrechts bedeuten.

Denn die s. g. germanische Freiheit ist — was auch in der hieran geknüpften Anmerkung Gerbers liegt — nichts Anderes, als ein geringeres Maß von allgemeinem Willen, ein Minus von Rechtsordnung. Dieser Umstand, daß die Einzelwillen sich noch widerhaariger zu einander verhalten, daß sie noch insocialer sind, ist zunächst, wie wir glauben, nichts specifisch Germanisches, sondern das Eigenthümliche einer frühern Culturstufe im Vergleich mit einer spätern. Jedenfalls aber kann er, eben weil darin nur der Mangel an einer umfassendern Rechtsordnung liegt, nicht als ein beherrschendes Element über dem Recht schweben.

Und ebensowenig kann es das Fehderecht. Dieses bezeichnet Gerber selbst als eine Befugniß des Verletzten, welche ihm alternativ mit der Verfolgung seines Rechts vor Gericht zustehe.

Daher hat es für die Einheit des germanischen Privatrechts keine größere Bedeutung, als welche h. z. T. für die Einheit des deutschen, oder des europäischen Privatrechts der Umstand hat, daß der Verletzte zur Wiederherstellung seines Rechts eine Klage anstellen muß.

Inzwischen legt Gerber wenn er sonach eine vollständigere Uebereinstimmung des Rechts im Mittelalter annimmt, doch, wie schon gesagt, kein entscheidendes Gewicht auf diesen Umstand; vielmehr wird nach seiner Ansicht die Rechtsüberzeugung des deutschen Volkes immer im Stande sein, in gewissem Maße eine Einheit des positiven Rechts zu erhalten. Er geht von den entfernteren Stadien der deutschen Rechtsentwickelung nur um deswillen aus, weil er es an und für sich vorzieht, aus der Ge-

Digitized by Google

schichte, anstatt aus dem gegenwärtigen Rechtszustand den Begriff zu gewinnen.

Daß am Ende eine Betrachtung des gegenwärtigen Rechtszustandes mindestens den gleichen Dienst geleistet hätte, kann er sich nicht ganz verhehlen; er antwortet aber auf diesen sich selbst gemachten Einwand folgendermassen: „In der That läßt es sich nicht läugnen: auch eine unmittelbare Betrachtung der in so vielen particulären Quellen zerstreut liegenden Rechtsstoffe muß ebenso das Ergebniß zur Folge haben, daß zur wissenschaftlichen Behandlung dieses Materials ein Zusammenziehen des Einzelnen, Fragmentarischen in einem höher liegenden Sammelpunkt nothwendig ist, wenn die Darstellung desselben nicht zu dem Range einer bloßen systematischen Tabelle herabsinken soll, daß also das Princip der Methode der Behandlung auch schon durch die Anschauung des Gegenwärtigen gewonnen wird. Die Methode ist jedoch eine bloß äußere Bedingung des Vortrags; außer ihr fordert die wissenschaftliche Erkenntniß aber noch, daß man sich auch des materiellen Charakters des in dieser Darstellung Enthaltenen bewußt wäre. Wäre es nun nicht möglich, eine solche materielle Bedeutung für durch diese zusammenziehende Methode Gewonnene nachzuweisen, so würde das so dargestellte nicht den Werth einer neuen selbstständigen wissenschaftlichen Größe, sondern nur der eines Auszugs, einer Reduction der Particularrechte nach verjüngtem Maßstabe an sich tragen. Dieser Nachweis wird aber durch die bloße Auffassung der Oberfläche, durch das magere Anschauen der Gegenwart als eines einzelnen unerklärten Momentes, nicht erbracht werden können, wohl aber durch die Geschichte, welche den Stoff von seinem Entstehen an durch alle Stadien seiner Entwickelung verfolgt, und in seinen tiefsten Motiven erkennen lehrt."

Wir bemerken hierzu, daß für die Dogmatik gerade des

Digitized by Google

gemeinen deutschen Rechts die Geschichte nur insofern ein höheres Interesse hat, als sie die Vorfrage beantwortet: Bilden die deutschen Stämme eine Nation? wird also die in gewissem Maße stattfindende Gleichheit ihres Rechts eine dauernde sein? Was die Natur dieses Stoffes anbelangt, so hat hier die Rechtsgeschichte keine andere Bedeutung, als sie für die Dogmatik jedes andern Rechtes auch hat. Es ist vielmehr ein darstellbares Object vorhanden, sobald ein gemeinsames Recht vorhanden ist.

Der vollständige Erweis, daß ein gemeinsamer Stoff vorhanden ist, besteht in der Darstellung selber, der volle Erweis der Vorfrage in der Darstellung der Geschichte.

Wenn nun Gerber die Versicherung, daß eine gewisse Rechtseinheit vorhanden sei, in Bezug auf verschiedene Perioden der deutschen Rechtsentwickelung wiederholt, und bei jeder dieser Gelegenheiten wieder von dem Volksbewußtsein spricht, so wird allerdings seine Ausführung umfangreicher, nicht aber das Ergebniß für den Begriff des gemeinen Rechts reicher, als wenn er die Versicherung einfach aus der magern Anschauung der Gegenwart gegeben hätte.

Gleichwohl würden seine Ausführungen ihren Werth haben, insofern damit nur jene Vorfrage in eindringlicher Weise bejaht werden sollte. Allein er ertheilt ihnen selbst die Bestimmung, den materiellen Charakter des Objectes zum Bewußtsein zu bringen, eine Bestimmung, die sie durchaus nicht erfüllen.

Abgesehn davon, daß es sich an die Eichhorn'sche Theorie noch möglichst anzulehnen sucht, hat es damit diese Bewandtniß.

Wie schon angedeutet wurde, sind es nach Gerber gar nicht die Individuen, und die einzelnen Stämme, welche Recht produciren, und sofern sie derselben Nation angehören, also insofern sie gleichgeartet sind, und mit einander communiciren, das gleiche Recht produciren. Vielmehr denkt er sich den Natianal-

Digitized by Google

zusammenhang selber als eine Kraft, welche in irgend einer mystischen Beziehung zu der Rechtsproduction steht, so daß jene überhaupt nur ein Recht haben, weil sie eine Nation bilden.

Die Nationalität hat ihm daher nicht die Bedeutung, eine dauernde Gleichheit des Rechts zu garantiren, noch will er sich mit der Darstellung des effectiv Gemeinsamen begnügen, sondern es ist ihm ein darstellbares Object nur vorhanden, wenn eine Beziehung des Rechts zu der Kraft nachgewiesen wird, als welche er sich den Nationalzusammenhang denkt, und es können, sofern dieser Nachweis geliefert ist, auch Rechtssätze zu diesem Nationalrecht hinzugenommen werden, welche nicht wirklich gemeinsam sind.

Diesen Nachweis zu liefern — man weiß freilich nicht, wie — das ist der Zweck, den ihm die Betrachtung der Geschichte erfüllt und wir haben somit eine Tendenz, der wir schon bei Tasinger begegnet sind.

Gerber gibt schließlich den Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts mit diesen Worten: „das heutige gemeine deutsche Privatrecht muß deshalb nach seiner wissenschaftlichen Natur aufgefaßt werden als die Darstellung der gegenwärtigen Aeußerungen der Rechtsüberzeugung des deutschen Volkes auf dem Gebiete des Privatrechts."

Es fragt sich, wie es um die praktische Bedeutung dieses Rechts steht.

Auf die ihm in dieser Beziehung gemachten Einwendungen erwiedert Gerber, daß der Inhalt des deutschen Privatrechts vollkommen anwendbar sei, nämlich in der Form des Particularrechts; nur trete die Rücksicht auf die Anwendbarkeit hier zurück, weil dessen Aufgabe nicht sei, das geltende Recht eines Staates darzustellen, sondern des geltende Recht aller Staaten eines Volkes aus dem rein praktischen auf das Gebiet zu verlegen,

Digitized by Google

in welchem es nur von der Seite seines Zusammenhangs mit der Volksindividualität, nicht von dem seiner unmittelbaren praktischen Wirksamkeit angeschaut werde.

Man könnte hiernach annehmen, das gemeine Recht Gerbers sei nur insofern unanwendbar, als es noch nicht fertig sei zur Anwendung, indem es noch particulärer, nicht gemeinsamer Zusätze bedürfe, um die für die Anwendung nöthige concrete Gestalt zu erhalten. Aus den eignen Aussprüchen Gerbers geht indeß hervor, daß dieß eine unrichtige Annahme sein würde.

So sagt er in dem „Princip d. g. d. Pr." S. 272: „Von der Ueberzeugung ausgehend, daß als unmittelbar anwendbares Recht nur dasjenige gelten kann, welches eine äußere Sanction erhalten hat, d. h. aus einem der anerkannten Factoren der Rechtsüberzeugung hervorgegangen ist, müssen wir der Summe von Rechtssätzen, welche in der oben angegebenen Weise vorgetragen werden, jede Fähigkeit zur unmittelbaren Anwendung absprechen."

Wäre nun sein gemeines Recht etwas in den Particularrechten vollständig Enthaltenes, und nur darum nicht anwendbar, weil es noch specifisch particulärer Zusätze bedürfte, so würde offenbar diese Hinweisung auf den Mangel einer äußern Sanction keinen Sinn haben, ebenso wie die an anderer Stelle sich findenden Worte: „Es kann ein Unterschied stattfinden zwischen dem Rechte eines Staates und eines Volkes, und es entsteht für die wissenschaftliche Betrachtung noch ein anderes Object, welches das von der staatlichen Einwirkung unabhängige Product des Volkes ist."

Ferner will er für den Fall, daß die von einander abweichenden particulären Bestimmungen sich als dasselbe Rechtsinstitut nur auf verschiedenen Stufen der Entwickelung darstellten, so daß das eine Particularrecht vorausgeeilt, das andere zurückgeblieben wäre, eine Wahl zwischen diesen verschiedenen

Digitized by Google

Particularbestimmungen getroffen haben. Er fordert hier stets „eine besondere nach dem Grundsatz der Continuität der rechtsgeschichtlichen Entwickelung geleitete Untersuchung der Frage, welche particularrechtliche Erscheinung die dem gegenwärtigen Standpunkt der deutschen Rechtsüberzeugung entsprechende sei;“ und endlich spricht er auch, Lehrb. S. 10, ausdrücklich aus, daß das gemeine deutsche Privatrecht nicht vollständig in die Particularrechte aufgenommen sei.

Aus dem Allen ergibt sich, daß Gerber, ähnlich, wie Tafinger, darauf ausgeht, ein ideales Nationalrecht zu liefern, daß also zwischen seinem gemeinen Recht und dem positiven Recht eine Differenz vorhanden ist, und daß, wenn es in der Form der Particularrechte anwendbar ist, wie er behauptet, es doch durch diese Form wieder eine Abänderung, anstatt einer bloßen Vervollständigung erfahren muß.

Der Zweck dieser Darstellung könnte zunächst der sein, dem Gesetzgeber einen Weg vorzuzeichnen.

Wäre ein solcher Zweck ausgesprochen, so würde fürerst, wie bei Tafinger zu fragen sein, durch welche Operation denn eigentlich dieses Nationalrecht, resp. die Differenz zwischen ihm und dem positiven Recht herausgestellt werde.

Gerber spricht, wo er näher auf die Methode hindeutet, von einer Abstraction aus den Particularrechten. Die Abstraction liefert aber nichts Anderes, als was in dem dazu gebrauchten Stoffe schon enthalten ist. Es bleibt also immer noch die Frage übrig, wie das nur aus einem Theil der Particularrechte abstrahirte Recht als das wahre Nationalrecht zu erweisen wäre, eine Frage, die durch unbestimmte Hinweisungen auf Geschichte und Volksbewußtsein nicht gelöst ist, noch auch durch die Ausführung des Princips, welche Gerber in seinem Lehrbuch gibt, beantwortet wird. Denn wir finden darin ungefähr dieselben Rechtsbildungen gegeben, die auch andere Lehrbücher enthalten;

Digitized by Google

nur zugeschnitten nach den Mustern der römischen Jurisprudenz. Wenn aber die einen particulären Institute als gemeinrechtliche hingestellt, andere unter Verweisung auf das römische Recht übergangen werden, so sehen wir hier keine Methode und kein Princip, als das einer willkürlichen Disposition und einer Vorliebe für das eine oder andere Institut, je nachdem es sich besser dem römischen Schnürleib anbequemte.

Sobald einmal eine „Politik des Privatrechts" gegeben werden sollte, wäre jedenfalls festzuhalten, daß sie sich nicht auf den Nachweis eines Nationalrechts beschränken dürfte. Denn die Differenz zwischen dem positiven Recht und dem, welches positiv sein sollte, besteht nach unsrer Ansicht, keineswegs vorzugsweise in dem, was nicht gemeinsam ist, und gemeinsam sein sollte.

Wir haben schon ausgesprochen, daß wir das Handelsrecht, welches einer Uniformirung viel rascher entgegen eilt, allerdings als reif ansehen für eine nationale Codification. Im Uebrigen aber sehen wir vielmehr ein Mißverhältniß darin, daß dem Volk gerichtet wird nach einer Schablone, wie sie z. B. in dem preußischen Landrecht, und vermöge der Anwendung des concreten römischen Rechts besteht, als in dem Mangel eines gemeinsamen Rechts.

Wir dürfen uns jedoch enthalten, auf den Werth einer derartigen „Politik des Privatrechts" näher einzugehen. Denn Gerber selbst bezeichnet die Rücksicht auf den Gesetzgeber als einen bloß beiläufigen Zweck.

Die Nothwendigkeit einer derartigen wissenschaftlichen Darstellung liegt ihm vielmehr „in der gerechten Forderung eines Volkes, seine geistige Errungenschaft, sowie überhaupt, so hier insbesondere auf dem Gebiete des Rechts durch wissenschaftliche Bearbeitung zum Bewußtsein der Volksglieder gebracht zu sehen."

Er spricht dabei von den Volksgliedern überhaupt; er kann und wird aber doch wohl nur die Juristen meinen.

Digitized by Google

In der Gestalt, in welcher die Masse des Volkes das Recht wissen kann, wird das ihm zukommende Recht ohnehin in dem Bewußtsein der Volksglieder leben, eben weil es vom Volke selbst producirt wird; obwohl freilich nach Gerber und der historischen Schule die Volksglieder noch nicht zu wissen brauchen, was das Volk weiß und will. Diese Gestalt wird die des Rechtsfalles sein, die concreteste Gestalt, die das Recht haben kann. Daß es anderseits in der Gestalt der abstracten Regel, und als systematisches Ganze ihm bewußt werde, wird weder überhaupt eine Forderung des Volkes sein, noch wäre es eine gerechte Forderung, noch eine Forderung, die befriedigt werden könnte.

Sind es also nur die Rechtsgelehrten, zu deren Bewußtsein das Nationalrecht Gerbers kommen kann, so ist darauf zu entgegnen: die Jurisprudenz hat entweder den Zweck, dem Volk zu seinem Rechte zu verhelfen — ein Zweck, der ohne Zweifel eine wissenschaftliche Befriedigung nicht ausschließt — oder sie wird zur rein um ihrer selbst willen vorhandenen Wissenschaft. In dem einen Fall hat sie es mit anwendbarem Recht zu thun; ihr Gebiet im andern Fall ist die s. g. Universalrechtsgeschichte und in diesem Gebiet, in welchem das reine Bedürfniß des Wissens die Triebkraft ist, ist es ihr dann gleichgültig, ob sie es mit indischem, arabischem oder deutschem Recht zu thun hat.

Wenn nun Gerber einen Zweck seiner Wissenschaft aufstellt, der in keine der beiden Kategorieen fällt, indem er auf das Nationalgefühl der Volksglieder, d. h. der Juristen hinweist, so ist nicht außer Acht zu lassen, daß dieser Zweck nichts gemein hat mit den Bestrebungen anderer Germanisten, welche dem ursprünglich vaterländischen Recht gegenüber dem fremden, recipirten Recht einen Boden erkämpfen wollen. Denn abgesehn davon, daß der Zweck dieser Juristen ein praktischer ist, hat Gerber dabei keinen Gegensatz des römischen und deutschen Rechts im Sinn.

Digitized by Google

Es bleibt uns daher nur übrig auszusprechen, daß wir keinen Anspruch des Nationalgefühls kennen, durch Aufstellung einer Schablone befriedigt zu werden, wo die Individualität der einzelnen Stämme ihr besonderes Recht verlangt.

Jedenfalls aber ist es nicht diese homöopathische Dosis zur Befriedigung eines Nationalgefühls der Rechtsgelehrten, auf welche das seit Beyer und Heineccius auftretende Bedürfniß einer Darstellung des gemeinen deutschen Rechts gerichtet wäre, und jedenfalls ist das verkündigte Princip nach dem, was uns das Lehrbuch Gerbers bietet, ein bloßes Wort geblieben. Denn wenn darin ein willkürlich ausgewählter particulärer Rechtsstoff zugeschnitten wird nach den Abstractionen der römischen Jurisprudenz, und insbesondere Puchta's, so sehen wir in der That nicht ab, was es vorzugsweise mit dem Nationalgefühl zu schaffen habe.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Zusammenfassung der Ansicht des Verf.

Es ist nunmehr an uns, unsre eigne positive Ansicht auszusprechen, oder doch, da sie nothwendig schon zugleich mit der Kritik der bisherigen Theorieen zu Tage treten mußte, wenigstens in zusammenfassender Weise wieder zu geben.

Wir stellen demnach Folgendes auf:

1. Das gemeine deutsche Privatrecht wird gebildet durch den den deutschen Particularrechten effectiv gemeinsamen-Rechtsstoff, welcher aus den darin enthaltenen abstracteren Sätzen besteht.

2. Die Dogmatik dieses Rechts hat den gleichen Zweck, wie die Darstessung einzelner Particularrechte, nämlich den, das anwendbare Recht logisch zuzubereiten und in die Hände des Richters zu überliefern.

3. Da somit das gemeine Recht zugleich particuläres ist, so ist eine eigne Wissenschaft desselben nur aus dem Grunde nothwendig, weil in der Bearbeitung des Rechts eine Arbeitstheilung und Arbeitsvereinigung, und für die Nachfrage nach

Digitized by Google

Belehrung ein freier Verkehr in möglichst weitem Kreise stattfinden soll, dieser freie Verkehr aber, wie diese Theilung und Vereinigung der Arbeit nur dann besteht, wenn eine eigne Wissenschaft den gemeinsamen Stoff auch als einen gemeinsamen aufzeigt.

4. Die Darstellung eines solchen gemeinen Rechts ist möglich, sobald sich zeigt, daß ein gemeinsamer Stoff vorhanden ist. Da aber die Gesetzgebung und die Gewohnheit so vieler Particulargebiete formell die Macht haben, ihr diesen Stoff wieder zu entreißen, so entsteht, ehe er zum Object einer eignen Wissenschaft gemacht wird, die Vorfrage, ob die Uebereinstimmung der Particularrechte eine zufällige und vorübergehende, oder eine nothwendige und dauernde sei. Diese Vorfrage, mit andern Worten die Frage, ob die deutschen Stämme eine Nation im vollen Sinn des Wortes bilden, beantwortet die Geschichte.

Dieß ist der Mehrbetrag von Interesse, den die Rechtsgeschichte für die Darstellung des gemeinen Rechts hat; die Bedeutung, welche ihr darüber hinaus zukommt, hat sie auch für die Dogmatik jedes andern Rechts.

Wir fügen diesen Sätzen noch einige Erläuterungen hinzu.

1. Das gemeine Recht wird gebildet durch den den Particularrechten effectiv gemeinsamen Stoff.

Es ist ein solcher Stoff vorhanden, und wenn den Juristen, welche ein s. g. analogisches Privatrecht aufstellten, diese gemeinsame Substanz nicht bewußt war, so ist dieß ein Standpunkt, der theoretisch, wie wir aussprachen, gewissermaßen durch die Aufstellung eines gemeinen Juristenrechts, und einer s. g. Natur der Sache überwunden ist. Den vollen Beweis unsrer Behauptung kann freilich nur die Darstellung selber liefern; in dieser Hinsicht ist sie aber auch durch die neuern Lehrbücher,

Digitized by Google

wenn immerhin das in ihnen ausgesprochene Princip von dem unsrigen abweicht, doch schon theilweise erwiesen.

Die Gemeinschaft des Rechts ist jedoch — abgesehn von den römischrechtlichen Sätzen — nur eine Gemeinschaft der abstracteren Sätze; und es besteht folgende Stufenfolge, in welcher der Fortgang des Rechts von seiner allgemeinsten bis zu seiner concretesten Gestalt, vom abstractesten Satz bis zum Rechtsfall sich darstellt: die Rechtsphilosophie, die Darstellung des gemeinen Rechts, die Darstellung des specifisch Particulären, die Thätigkeit des Praktikers.

Während nun bei den bloß particulären Sätzen die Zusätze, durch deren Hinzufügung sie concreter zu machen, und der Anwendung entgegen zu bringen sind, juristisch gleichgültig sein können, bedürfen jene gemeinsamen Principien noch juristisch relevanter Zusätze, durch welche sie zur Anwendung befähigt werden — Zusätze, in denen die Verschiedenheit der Particularrechte besteht. Daher ist das gemeine Recht allerdings ein anwendbares, aber noch kein zur Anwendung fertiges Recht.

Wenn man seine Darstellung deshalb als eine Einleitung in die Particularrechte bezeichnen will, so ist bei diesem Ausdruck nur das zu erinnern, daß ihr Inhalt darum nicht als ein wissenschaftlich unbedeutenderer angesehen werden darf. Vielmehr können die Bestimmungen, welche noch hinzutreten müssen, um es zur Anwendung zu befähigen, wissenschaftlich so bedeutungslos sein, daß der ganze Reichthum logischer Entwickelung in die Darstellung des gemeinen Rechts fällt.

Da übrigens ein allgemeines Princip nicht um des Willen gegeben wird, daß es für sich allein gewußt werde, sondern darum, daß es in seinen besonderen Gestalten erkannt und gewußt werde, so liegt es nicht außer dem Geschäft der Wissenschaft des gemeinen Rechts, wenn des Beispiels, der größeren An-

Digitized by Google

schaulichkeit wegen auf eine Stufe der Concretion herabgegangen wird, auf welcher die Particularrechte von einander abweichen. Eine feste Gränze, bis zu welcher der Darsteller des gemeinen Rechts dem Darsteller des Particularrechts entgegenkommen darf, oder bis zu welcher dieser in die Darstellung des gemeinen Rechts zurückzugehen habe, läßt sich nicht bestimmen, und Bedenken gegen eine der Art verschiebbare Gränze können nur von dem Standpunkt aus erhoben werden, auf welchem man an die Darstellung eines in Ermangelung von particulären Bestimmungen anwendbaren Rechts denkt.

Außerdem wird, nicht bloß, um die wirklich gemeinsamen, abstracteren Principien anschaulicher zu machen, sondern um seiner selbst Willen dasjenige specifisch particuläre Recht in die Darstellung hereinzunehmen sein, in Bezug auf welches die Particularrechte nicht vereinzelt, sondern in ganzen Gruppen auseinandergehen.

Dieser Stoff ist freilich so wenig ein gemeines Recht, wie das analogische Privatrecht, dem Hufeland und Feuerbach mit Fug diesen Namen absprachen; und es wird durchaus angemessen sein, durch den Titel der Darstellung anzuzeigen, daß sie neben dem wirklich gemeinen Recht auch noch sonst verbreitetes Recht enthalte. Was aber die Sache selbst anbelangt, so gehen wir weder darauf aus, ein in Ermangelung von particulären Bestimmungen anwendbares Recht zu geben, noch das Object der Darstellung, wie Gerber, durch eine gewisse Beziehung zu einem einzigen und untheilbaren Volksbewußtsein zu legitimiren, und bedürfen deshalb keiner besondern Rechtfertigung, wenn wir Rechtsätze in die Darstellung hereinziehen, die zwar nicht völlig gemeinsam sind, aber doch eine weite Verbreitung haben. Wie weit ein solcher Stoff dem Stamme des wirklich gemeinen Rechts anzuschließen sei, ist uns vielmehr eine Frage der Zweckmäßigkeit, für deren Beantwortung die qualitativ ganz gleichen

Digitized by Google

Gründe entscheiden, welche auch für die Darstellung jenes Objectes entscheidend sind, und wenn wir hiermit nur legitimiren, was thatsächlich bereits in allen Lehrbüchern geschieht, so ist dieß ohne Zweifel ein Umstand, der die von uns ausgesprochene Ansicht über das gemeine Recht nur unterstützen kann.

2. Die Dogmatik des gemeinen Rechts hat denselben Zweck, wie diejenige der Particularrechte, nämlich den, das Recht logisch zuzubereiten für die Anwendung.

Die logische Operation überhaupt ist ein Weglassen gewisser Momente, durch welches der abstractere Satz sichtbar wird, und anderseits ein Hinzufügen von solchen, wodurch die concreteren Sätze entstehen. Man bezeichnet sie insbesondere als Anwendung der juristischen Consequenz und der Analogie, wenn sie Lücken des Rechts in der Weise ausfüllt, daß sie specielle Sätze herstellt, welche nicht unmittelbar durch die Quellen gegeben sind.

Der Stoff, durch dessen Hinzufügung zu einem Princip hier diese specielleren Sätze hergestellt werden, besteht aus juristisch irrelevanten Momenten, und das Princip ist die Gesammtsumme von juristischen Momenten, welche ohne weitere durch die Quellen bestimmten Zuthaten, und anderseits in Verbindung mit jeder beliebigen Zuthat realisirbar sind. Die logische Operation geht hierbei entweder — als juristische Consequenz — von dem unmittelbar in den Quellen gegebenen Princip aus; oder sie gewinnt erst ein solches — als Analogie — indem sie mehrere specielle Sätze desselben Rechts vergleicht, und aus der Nichtgemeinsamkeit gewisser Merkmale auf ihre Irrelevanz schließt.

Wollte man nun annehmen, daß nur diejenige logische Operation einen Werth habe, welche fehlende specielle Sätze unmittelbar herstellt, so würde man allerdings einen Nutzen

Digitized by Google

der dem Darsteller des gemeinen Rechts zukommenden Thätigkeit in Abrede stellen müssen. Denn wie schon gesagt, enthalten die dem gemeinen Recht angehörigen Principien nicht die ganze Summe juristisch relevanter Momente, und können daher nicht genügen, wenn durch bloße Hinzugabe factischen Materials concrete, zur Anwendung fertige Sätze geliefert werden sollen.

Anderseits aber könnte es scheinen, als ob es zur Herstellung des erforderlichen Rechts schon hinreichend wäre, die Gesammtsumme des juristisch Relevanten zu nehmen, so, wie sie sich in den Particularrechten vorfindet, und damit ohne Weiteres zu jener logischen Operation zu schreiten.

Jedoch eben darin würde der Irrthum bestehen. Denn allerdings sind die in den Particularrechten enthaltenen Principien auch ohne die Theorie des gemeinen Rechts etwas Gewußtes. Allein es gibt nicht bloß ein Wissen und Nichtwissen, sondern auch ein klares und unklares Wissen. Das volle Bewußtsein eines Princips, der Art, wie es den Juristen zu seiner Benutzung befähigt, entsteht erst durch eine weitere Sonderung der auch in ihm wieder enthaltenen verschiedenen Momente; und wenn es diese Analyse ist, welche der Wissenschaft des gemeinen Rechts zukommt, so trägt sie zur Herstellung der fehlenden Rechtssätze, zum Verständniß der vorhandenen, überhaupt zur Vergegenwärtigung des concreten Rechts in seiner ganzen Breite so wesentlich bei, als irgend die wissenschaftliche Thätigkeit beitragen kann, welche über das Niveau des specifisch Particulären nicht hinauskommt.

Die Wissenschaft des gemeinen Rechts hat nicht den Zweck ein in Ermangelung von Particularrecht anwendbares Recht zu liefern.

Wenn es erlaubt wäre, die den Particularrechten gemeinsamen Principien, weil allerdings die Geschichte erweist, daß ihre Gemeinsamkeit nicht eine bloß zufällige ist, da, wo dem

Digitized by Google

einen oder andern Particularrecht ein den übrigen gemeinsamer Satz fehlt, als positivrechtlich für dieses particuläre Gebiet zu behandeln, so würden wir damit noch immer kein ergänzendes Recht haben.

Denn das gemeine Recht ist noch nichts zur Anwendung Fertiges, bedarf vielmehr noch specifisch particulärer Zusätze. Sind nun solche in dem Particularrecht nicht vorhanden, so wird auch das gemeine Recht nichts helfen. Sind sie dagegen vorhanden, so können sie nur in Bestimmungen enthalten sein, aus welchen auch das Princip zu gewinnen sein wird.

Concrete Bestimmungen, wenn sie als Ausführungen eines Princips erscheinen sollen, können nicht anders gegeben sein, als so, daß das Princip mit ihnen gegeben ist.

Dasselbe wird vielleicht nur angedeutet sein durch einen Ausdruck, dessen Verständniß durch das Studium des gemeinen Rechts möglich wird. Allein dieses hat dann nur die Bedeutung, den Sinn des Gesetzgebers festzustellen, und seine Theorie ist so wenig darum eine eigne Rechtsquelle, als die Grammatik eine Rechtsquelle ist. Selbst wenn der Gesetzgeber, ohne überhaupt nähere Bestimmungen zu geben, schlechthin auf ein anwendbares gemeines Recht verweist, wird damit die Annahme eines solchen nicht gerechtfertigt sein. Durch den Glauben an seine Existenz wird es nicht geschaffen und es kann hier lediglich auf eine besondere Untersuchung ankommen, was für ein Recht dem Gesetzgeber bei dieser Disposition vorgeschwebt habe.

Im Uebrigen spricht man auch häufig von einer Lückenhaftigkeit der Particularrechte, wo nur eine logische Entwickelung aus vorhandenen Bestimmungen nöthig ist, wie sie durch die Theorie des gemeinen Rechts wesentlich vorbereitet wird. Ebenso in Fällen, wo es keineswegs unmöglich wäre, ein Gewohnheitsrecht nachzuweisen. Denn sobald man nur die Gewohnheit nicht in gerichtliche Handlungen setzt, sondern in die Handlun-

Digitized by Google

gen der Personen selber, welche durch einen Rechtssatz berührt werden, wird die Nichtexistenz eines solchen immer nur in einer relativen Schwierigkeit bestehen, die Summe der erforderlichen Handlungen nachzuweisen.

Sind in der That Lücken vorhanden, so wird eine — directe oder indirecte — Entscheidung der gesetzgebenden Gewalt hervorzurufen sein. Wollte oder müßte der Richter sich selber helfen, so würde es immer noch räthlicher sein, daß er sich mit einem weniger sichern Gewohnheitsrecht begnügte, oder unter den Particularrechten nach dem verwandtesten suchte, als daß er das Urtheil spräche nach einer von den Juristen willkürlich aufgestellten Schablone.

Es wird behauptet, daß ein ergänzendes gemeines Recht bestehen müsse „weil der Praktiker sich genöthigt sehe, ein solches anzuwenden, und das nicht Existirende auch nicht angewendet werden könne" — eine Behauptung, die entweder voraussetzt, was eben erwiesen werden soll, oder doch keine geringere Voraussetzung hat, als die Unfehlbarkeit des praktischen Juristen.

Allerdings ist es der Fall, daß der Praktiker häufig vorzieht, nach einem bereit liegenden Muster, das für gemeines Recht ausgegeben wird, das Urtheil zu sprechen, anstatt sich auf eigene Forschungen in seinem Gebiet einzulassen. Es ist aber nicht die Sache der Wissenschaft, ihn in dem Glauben zu bestärken, daß er damit auf positivem Boden stehe; und an den Schwierigkeiten, die er andernfalls zu überwinden hat, trägt die von uns bekämpfte Theorie zu keinem geringen Theile die Schuld. Denn die Vorspiegelung eines ergänzenden gemeinen Rechts, welches über den Particularrechten schweben soll, wie weiland das Naturrecht über allem positiven Recht, hat nicht am wenigsten mitgewirkt, die unentbehrlichen Codificationen aufzuhalten.

3. Ist überhaupt ein gemeinsamer Stoff vorhanden, so

Digitized by Google

könnte die Frage, warum er auch als solcher behandelt und dargestellt werde, zunächst mit der Gegenfrage zurückgewiesen werden, aus welchem Grund eine eigene Darstellung dieses Stoffes unzulässig sein sollte.

Allein wir dürfen weiter gehen. Denn sie ist nicht bloß zulässig, in dem Sinn, daß sie mit gleichem Nutzen an die Stelle particulärer Rechtswissenschaften treten dürfte, sondern eine Art der Jurisprudenz, welche zur Förderung des Rechts geboten erscheint; insofern geboten, als in der Bearbeitung des Rechts eine Arbeitsvereinigung, und für die Nachfrage nach Belehrung ein freier Verkehr in möglichst weitem Kreise stattfinden soll, und diese Arbeitsvereinigung, wie dieser freie Verkehr nur dann vollkommen besteht, wenn eine eigne Wissenschaft den gemeinsamen Rechtsstoff auch als einen gemeinsamen aufzeigt.

Gehen wir näher auf diesen Satz ein, so ist die rechte Arbeitsvereinigung nur die Kehrseite der Arbeitstheilung, und es ist zunächst offenbar, daß eine solche — für die Förderung wie der industriellen, so auch der wissenschaftlichen Production nothwendige — Arbeitstheilung dann nicht stattfindet, wenn der Gelehrte eines jeden particulären Rechtsgebietes die Bearbeitung der gesammten Rechtslehren, obgleich mit Rücksicht nur auf die einzelne particuläre Gestaltung übernehmen muß; daß sie dagegen stattfindet, wenn von den Gelehrten der verschiedenen Particulargebiete ein jeder nur einzelne Lehren, aber mit Berücksichtigung ihrer sämmtlichen particulären Gestalten zu bearbeiten unternimmt. Denn die wissenschaftliche Thätigkeit, welche auf die verschiedenen Gestaltungen derselben Lehre gerichtet ist, ist eine gleichartigere, als die, welche die verschiednen Lehren wenn auch nur eines Particularrechts zum Gegenstand hat; es findet verhältnißmäßig hier eine Concentrirung, dort eine Zersplitterung der geistigen Kraft statt.

Digitized by Google

Ebenso ist offenbar, daß für die Nachfrage nach Belehrung ein freier Verkehr in möglichst weitem Kreis, oder, wenn man diesen Ausdruck gestatten will, ein möglichst großer Markt dann nicht besteht, wenn der Praktiker, und der, welcher in die Rechtswissenschaft eingeführt sein will, mit seiner Nachfrage an die Scholle eines Particulargebietes gebunden ist, und die Belehrung, die er bei dem fähigern Gelehrten eines andern Kreises finden könnte, bei dem unfähigern in seiner Nähe suchen muß.

Es könnte daher unserm Satz nur dieß entgegengehalten werden, daß der in den abstracteren Principien bestehende gemeinsame Rechtsstoff, sofern er doch einmal gemeinsam ist, auch in dem Fall schon sich der wechselseitigen Benützung darbiete, wenn er durch eine bloß particuläre Rechtswissenschaft herausgestellt ist. Eine Einwendung, welche treffend sein würde, wenn die bloße Notiz eines abstracten Princips schon ein wirkliches Wissen wäre.

Allein, wie schon öfter hervorgehoben wurde, bedeutet ein abstractes Princip für sich allein nichts; es bedeutet nur etwas, wenn es als Inhalt einer concreten Gestalt gewußt wird, ebenso wie anderseits eine Detailkenntniß nichts werth ist, der die allgemeinen Gesichtspunkte fremd sind. Die als Extract eines particulären Rechtsinstituts gegebenen allgemeinen Principien sind daher für den Juristen eines andern Gebietes nur dann wirklich vorhanden, wenn sie zugleich als Extract aus den Bestimmungen seines Particularrechtes gegeben sind; — und es wird daher, wenn jene Arbeitsvereinigung und jener freie Verkehr stattfinden soll, auch eine eigne Wissenschaft des gemeinen Rechts bestehen müssen.

4. Die Darstellung eines gemeinen Rechts ist an und für sich möglich, sobald sich zeigt, daß ein gemeinsamer Stoff vorhanden ist.

Allein, wenn der Vortheil einer eignen Wissenschaft des-

Digitized by Google

selben in der Theilung der wissenschaftlichen Arbeit besteht, wenn ferner auch die freie Nachfrage nach Rechtsbelehrung nur bei dieser Arbeitstheilung denkbar ist, wie nurch eine leichte Deduction zu erweisen wäre — so wird ein bloß momentanes Zusammentreffen der Particularrechte nicht genügen, um eine eigne Wissenschaft des gemeinen Recht ins Leben zu rufen. Denn es wird keine Arbeitstheilung einseitig unternommen werden, wenn nicht eine allseitige Durchführung derselben, eine Arbeitsvereinigung gesichert ist; und diese wird nur dann gesichert sein, wenn die Gemeinsamkeit des Rechts eine stetige und nothwendige ist — eine Vorfrage, die darum nicht minder besteht, weil sie im wissenschaftlichen Leben nur instinctiv aufgeworfen wird, während sie hier als Ergebniß einer Berechnung erscheint.

Hier ist es nun, wo zunächst der Satz eine Bedeutung gewinnt, den wir zu Anfang unsrer Untersuchungen ausgeführt haben, daß nämlich das Recht etwas Reales, von den Rechtsquellen Ablösbares, und unmittelbar gegeben ist mit gewissen Culturverhältnissen, d. i. mit gewissen Bedürfnissen des Volkes; der Art, daß die Rechtsquellen — freilich mehr oder minder getreu — nur im Dienste eines schon existirenden Rechts stehen.

Hat aber das Recht ein derartiges, selbstständiges Bestehen, so wird eine nothwendige und dauernde Gemeinsamkeit des Rechts verbürgt sein, sobald der gleiche Nationalcharakter constatirt ist, als Bürgschaft der gleichen Willensentwickelung; und hierin besteht der Mehrbetrag von Interesse, den die Rechtsgeschichte für die Dogmatik gerade des gemeinen deutschen Privatrechts hat; indem sie den Nachweis liefert, daß die deutschen Stämme eine Nation im vollen Sinne des Wortes bilden.

Wie in dem Vorausgegangenen gezeigt wurde, soll einer Betrachtung der deutschen Rechtsgeschichte nach Andern die Bedeutung zukommen, ein Recht, das nicht effectiv gemeinsam ist, zum gemeinen Recht zu stempeln, sei dieß nun ein subsidiär

Digitized by Google

anwendbares Recht, oder, wie bei Gerber, das Analogon eines solchen, bei welchem nur das Nationalgefühl die Stelle einnehmen muß, welche sonst die Anwendbarkeit des Rechts inne hatte. Es lag uns daher, ob, jenen Mehrbetrag von Interesse auf seinen wahren Gehalt zurückzuführen.

Daß anderseits die Bedeutung, welche die Geschichte für die Dogmatik eines jeden andern Rechts hat, auch der deutschen Rechtsgeschichte in vollem Maße zukommt, kann keinen Zweifel leiden.

In wie weit das Studium der Geschichte für die richtige Anwendung des Rechts unentbehrlich ist, in weit es nur einem rein wissenschaftlichen Bedürfniß genügt, das unabweislich mit dem Studium des gegenwärtigen Rechts sich einstellt, und das Bestehende auch als ein Gewordenes verstanden haben will, ist hier nicht der Ort, näher zu untersuchen. Genug, daß die Rechtsgeschichte von der Rechtswissenschaft untrennbar ist.

Ist dieß aber der Fall, so wird die Untersuchung, ob eine Gemeinsamkeit des Rechts auch in den früheren Stadien der deutschen Rechtsentwickelung vorhanden war, nicht bloß jene Vorfrage beantworten, sondern ebenso, wie die Durchforschung der gegenwärtigen Rechtsquellen, für das Dasein einer Wissenschaft des gemeinen Rechts selber entscheidend sein; und wenn wir im Vorhergehenden darauf ausgingen jenen Mehrbetrag ihrer Bedeutung auf seinen wahren Gehalt zurückzuführen, so war es unsre Meinung nicht, daß der dort angegebene Gesichtspunkt für das Bestehen einer deutschen Nationalität und eine fortgesetzte, ununterbrochene Gemeinsamkeit des deutschen Rechts der wichtigere Gesichtspunkt sei.

Und jetzt noch ein Wort über die Stellung, welche der Germanist als Dogmatiker einzunehmen hat gegenüber den Systemen des römischen Rechts.

Früher suchte man in der Regel ein dem Inhalt der letz-

Digitized by Google

teren gleichwiegendes Object herzustellen, indem man den ganzen Apparat mittelalterlichen Rechts in die Darstellung hereinzog, und so die Dogmatik des Rechts ganz und gar zur Rechtsgeschichte machte.

In neuerer Zeit ist schon von mancher Seite auf eine strengere Sonderung des Geschichtlichen und Dogmatischen gedrungen worden. Aber noch immer zeigt sich eine Neigung, die geschichtlichen Einleitungen zu den einzelnen Materien über das zulässige Maß auszudehnen, und ohne unmittelbaren Nutzen für die Dogmatik zur Ausfüllung des Raums mit Antiquitäten zu gebrauchen, und eine Geschäftigkeit, die Rechtsinstitute einer hinter uns liegenden Zeit in ihrer ganzen Breite wieder zu geben, sobald nur ein schwacher Rest davon die Veranlassung bietet — anzusehen wie ein Bedauern, daß die Geschichte nicht umkehren will, um den Lehrbüchern der Germanisten einen reicheren Stoff zu liefern.

Ohne Zweifel ist es sehr erklärlich, wenn diese Tendenz, trotz des Bewußtseins, daß Geschichte und Dogmatik zu trennen seien, immer vom Neuen wieder auftritt. Denn ist auch eine Reihe von Rechtsinstituten vorhanden, die nicht bloß specifisch mittelalterlich, sondern specifisch deutsch sind, gibt es ferner auch zahlreiche Rechtsinstitute und Rechtssätze, welche specifisch modern sind — sei es, daß in dieser Beziehung überhaupt kein Parallelismus der römischen und der modernen Rechtsentwickelung statt findet, sei es, daß mit ihnen die parallele moderne Rechtsentwickelung schon über das letzte Stadium der römischen hinausgeht — so kann doch nicht in Abrede gestellt werden, daß ein Collection derselben noch nicht geeignet ist, den Namen eines Systems zu verdienen.

Allein dieser Mangel wird durch Herbeiziehung von Material, das für die Gegenwart keine unmittelbare Bedeutung hat, wohl verdeckt, aber nicht gehoben. Wenn, wie dieß der

Digitized by Google

Fall ist, ein Complex von Rechtssätzen besteht, der einerseits in den Pandektensystemen keine Aufnahme findet, der aber anderseits nicht hinreicht, ein eignes System zu bilden, so wird der Germanist, dem die Darstellung desselben zufällt, nur dann seine Stellung richtig erkannt haben, wenn er mit dieser Darstellung zugleich die Aufgabe verbindet, die Aufhebung jenes Dualismus vorzubereiten — eine Aufgabe, die an sich auch dem Romanisten zu kommen würde, aber dem zufallen muß, der sich zuerst ihrer bemächtigt.

Die Schwierigkeit, jenen Dualismus zu beseitigen, beruht aber keineswegs darauf, daß das römische Recht seiner Substanz noch mit dem ursprünglich deutschen Recht unverträglich wäre, sondern ihr Grund ist vornehmlich die Art und Weise, in welcher der Stoff von den römischen Juristen zubereitet wurde.

Nicht das römische Recht, sondern die römische Jurisprudenz ist es, welche einer Einigung der beiden Rechtskörper widerstrebt. Nur eine Emancipirung von den Abstractionen der römischen Juristen wird die Grundlagen gewähren, auf welchen aus ursprünglich deutschen, wie aus römischen Materialien ein einziges Rechtsgebäude aufgeführt werden kann; und weil das Bestreben der Romanisten, trotz einzelner Emancipationsversuche, doch regelmäßig mehr darauf gerichtet ist, mit Beibehaltung der von den unphilosophischen Römern abstrahirten Regeln das Recht noch weiter zu verfeinern, so wird die Aufgabe, jenen Dualismus zu beseitigen, dem Germanisten zukommen.

Er wird daher das praktikable römische Recht behandeln, wie andres Particularrecht, und es nach seinen allgemeinen Gesichtspunkten in seine Darstellung hereinziehen.

Eben weil damit eine Einheit der beiden Rechtskörper nur vorbereitet werden soll, wird er hier nicht auf die Stufe der Concretion des Rechts herabsteigen, bis zu welcher er in der

Digitized by Google

Behandlung des ursprünglich deutschen Rechts vorgehen darf. Er wird aber doch den Kern von Principien geben, an welche sich ein geeinigtes deutsches Civilrecht ansetzen kann.

Daß ihm diese Hereinziehung des römischen Rechts vielleicht als eine Entfremdung vorgehalten wird, darf den Germanisten nicht kümmern. Denn es kann sich hier nicht um den Nachweis eines Rechtstitels, sondern lediglich darum handeln, wie die Arbeit am Zweckmäßigsten zu theilen sei, so lange noch zwei verschiedene Darstellungen des anwendbaren Rechts bestehen, und wie die Vereinigung der beiden Rechtskörper in ein gemeines deutsches Civilrecht am Besten und Schnellsten herbeigeführt werde.

Digitized by Google

Berichtigungen.

Seite	5	Zeile	1 v. u.	statt in lies und.
„	12	„	6 v. u.	st. es l. er.
„	13	„	12 v. u.	st. Es l. Er.
„	13	„	2 v u.	st. es l. er.
„	20	„	5 v. o.	st. seine l. eine.
„	21	„	4 v. u.	st. abgegränztes l. abgegränzter.
„	39	„	11 v. u.	st. Selten l. Seltener.
„	43	„	6 v. o.	st. müßte l. mußte.
„	47	„	12 v. u.	st. Forderung l. Förderung.
„	54	„	15 v. u.	st. Gesetz der Gewohnheit l. Gesetz und der Gewohnheit.
„	70	„	11 v. o.	st. hinzuweisen beruht l. hinzuweisen scheint, beruht.
„	78	„	12 v. o.	st. es l. er.
„	84	„	5 v. o.	st. desselben l. derselben.
„	100	„	7 v. u.	st. es l. er.

Digitized by Google

Bei **Ferdinand Enke** in **Erlangen** sind erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Abegg, J. Fr. H., Beiträge zur Begutachtung des Entwurfs des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern vom Jahre 1854. gr. 8. geh. 28 Sgr. od. 1 fl. 36 kr.

Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. Herausgegeben von J. H. D. Temme. gr. 8. geh. I.—III. Band. à 2 Thlr. od. 3 fl. 36 kr.

Brauer, Hofgerichtsrath, Eduard, die deutschen Schwurgerichtsgesetze in ihren Hauptbestimmungen übersichtlich zusammengestellt, mit kurzem Hinweis auf fremdes, insbesondere französisches und englisches, auch schottisches und nordamerikanisches Recht. gr. 8. geh. 1 Thlr. 15 Sgr. oder 2 fl. 36 kr.

Brinz, Aloysius, U. J. D. P. P. O., Arbor actionum pro loco in senatu academico rite obtinendo iterum edita, illustrata. gr. 8. geh. 10 Sgr. od. 36 kr.

Buchner, Adolph, die französischen Revolutionstribunale und das Geschwornengericht. gr 8. geh. 18 Sgr. od. 1 fl.

Frey, Ludwig, die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich. gr. 8. geh. 1 Thlr. 2 Sgr. oder 1 fl. 54 kr.

— — Frankreichs Civil- und Criminalverfassung, mit Beziehungen auf England, nebst einer Darstellung der in Deutschland erschienenen vollständig in sich abgeschlossenen Gerichtsverfassungen. Zweite völlig umgearbeitete Auflage. gr. 8. geh. 1 Thlr. 26 Sgr. od. 3 fl.

Gerichtssaal, der. Zeitschrift für volksthümliches Recht. Unter Mitwirkung vieler, den deutschen gesetzgebenden Versammlungen, Gerichtshöfen und Hochschulen ꝛc. angehörenden Juristen herausgegeben von Dr. Friedrich Christian von Arnold, Dr. Anton Ritter von Hye-Glunek und Dr. Friedrich Oskar Schwarze. Achter Jahrgang 1856. 12 Hefte. gr. 8. 4 Thlr. 20 Sgr. od. 8 fl.

Jagemann, Dr. Ludwig von, Criminallexicon. Nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung in Deutschland bearbeitet. Fortgesetzt von Wilhelm Brauer. Lex. 8. geh. 5 Thlr. od. 9 fl.

Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. In Verbindung mit mehreren Gelehrten herausgegeben von Dr. H. Th. Schletter I. Band. 4 Hefte II. Band. 1.—4. Heft. Lex. 8. geh. à 20 Sgr. oder 1 fl. 12 kr.

Kleinschrod, C. Th. von, die internationale Patentgesetzgebung nach ihren Prinzipien nebst Vorschlägen für ein künftiges gemeines deutsches Privatrecht. gr. 8. geh. 1 Thlr. oder 1 fl. 45 kr.

Marquardsen, Dr., der Proceß Manning. Zur Veranschaulichung des englischen Strafverfahrens nach unmittelbaren Aufzeichnungen dargestellt. gr. 8. geh. 18 Sgr. oder 1 fl.

Maurer, Staats- und Reichsrath Georg Ludwig von, Geschichte der Markenverfassung in Deutschland. gr. 8. geh. 2 Thlr. 24 Sgr. oder 4 fl. 48 kr.

Mittermaier, C. J. A., das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhange mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelnheiten der Rechtsübung. gr. 8. geh. 2 Thlr. 28 Sgr. od. 5 fl.

Digitized by Google

Mittermaier, Dr. C. J. A., Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung dargestellt und geprüft. gr. 8. geh. 3 Thlr. 14 Sgr. oder 6 fl.

Mohl, Robert von, die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. In Monographieen dargestellt. gr. 8. geh. I. Bd. 3 Thlr. 14 Sgr. oder 6 fl. II. Band 3 Thlr. 14 Sgr. oder 6 fl.

(Der III. Band erscheint noch im Laufe dieses Jahres.)

Oppenheim, Heinrich Bernhard, Jur. utr. Dr., praktisches Handbuch der Consulate aller Länder. gr. 8. geh. 1 Thlr. 22 Sgr. od. 3 fl.

Osenbrüggen, Eduard, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht. Erster Band. 8. geh. 1 Thlr. 12 Sgr. oder 2 fl. 24 kr.

Renaud, Dr. Achill, Kritik des Entwurfs einer schweizerischen Wechselordnung. gr. 8. geh. 6 Sgr. oder 18 kr.

Repertorium über die fünf ersten Jahrgänge (1849—1853) der Zeitschrift: Gerichtssaal. Herausgegeben von Dr. Ludwig von Jagemann. gr. 8. geh. 16 Sgr. od. 56 kr.

Risch, Dr. Carl, Die Lehre vom Vergleiche mit Ausschluss des Eides und Compromisses. Nach gemeinem Civilrechte bearbeitet. Von der Juristen-Facultät der Universität München gekrönte Preisschrift eingeleitet durch ein Vorwort des Herrn Prof. Dr. L. Arndts. gr. 8. geh. 1 Thlr. 6 Sgr. oder 2 fl.

Sachße, Prof. Carl Robert, Das Beweisverfahren nach deutschem, mit Berücksichtigung verwandter Rechte des Mittelalters. gr. 8. geh. 1 Thlr. 14 Sgr. oder 2 fl. 30 kr.

Schürmayer, Dr. J. H., Handbuch der medicinischen Policei. Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, zu academischen Vorlesungen und zum Selbstunterrichte für Aerzte und Juristen. Zweite verbesserte und mit einem Sachregister versehene Auflage. gr. 8. geh. 3 Thlr. 2 Sgr. oder 5 fl. 24 kr.

— — — Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. Mit Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen des In- und Auslandes, insbesondere des Verfahrens bei Schwurgerichten. Für Aerzte und Juristen bearbeitet. Mit einem Anhange, enthaltend eine kurzgefasste praktische Anleitung zu gerichtlichen Leichenöffnungen. Zweite Auflage. gr. 8. geh. 2 Thl. 16 Sgr. oder 4 fl. 24 kr.

Warnkönig, Dr. L. A., Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland. Zum Gebrauch bei Vorlesungen und zum Selbststudium. gr. 8. geh. 2 Thlr. 24 Sgr. od. 4 fl. 48 kr.

Zeitschrift, deutsche, für die Staatsarzneikunde mit vorzüglicher Berücksichtigung der Strafrechtspflege in Deutschland und Oesterreich, herausgeg. von Dr. P. J. Schneider, Dr. J. H. Schürmayer und Dr. J. J. Knolz, unter Redaction von Dr. Sigm. A. J. Schneider Neue Folge IV. Jahrgang. 1856. à 4 Hefte. 8. geh. 4 Thlr. oder 6 fl. 48 kr.

Alphabetisches Inhalts- und Namensverzeichniss hiezu über die Jahrgänge 1836 bis incl. 1855. 6 Sgr. oder 20 kr.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google